Erwerb eigener Aktien durch Aktiengesellschaften und Amortisation.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät

der

K. B. Friedrich-Alexanders-Universität Erlangen

vorgelegt von

Willy Flecken
Referendar aus Wevelinghoven Bez. Düsseldorf.

Tag der Approbation: 31. Oktober 1911.

Erlangen 1911.
Druck der Univ.-Buchdruckerei von E. Th. Jacob.

Referent: Professor Dr. Sehling.

Meinen Eltern!

Inhalts-Uebersicht.

Seite

Erster Abschnitt: Historischer Teil.

§ 1. Das alte Handelsgesetzbuch 1
§ 2. Die Aktiennovelle von 1870 3
§ 3. Die Aktiennovelle von 1884 10

Zweiter Abschnitt: Dogmatischer Teil.

A. Das Handelsgesetzbuch von 1897.
B. Der heutige Rechtszustand betr. den Erwerb und die Pfandnahme.
1. Hinsichtlich voll eingezahlter Aktien.
§ 4. a) Das Erwerbsverbot 13
§ 5. b) Ausnahmen dazu 14
aa) Die ausserhalb des regelmässigen Geschäftsverkehrs liegenden Geschäfte.
bb) Die Einkaufskommission.
§ 6. c) Das Verbot der Pfandnahme 16
§ 7. d) Ausnahme dazu: Kautionsleistungen 17
§ 8. e) Das Report- und Deportgeschäft 19
§ 9. f) Verkauf eigener Aktien 21
§ 10. g) Der Besitz 21
§ 11. 2. Hinsichtlich der Interimsscheine 26
C. Der heutige Rechtszustand betr. die Amortisation.
§ 12. 1. Begriff der Amortisation 29
§ 13. 2. Voraussetzung der Amortisation 30
3. Durchführung der Amortisation.
§ 14. a) Die freiwillige Amortisation 32
§ 15. b) Die zwangsweise Amortisation 33
§ 16. c) Die Amortisation aus dem Reingewinn 34
§ 17. d) Die Amortisation aus dem Grundvermögen . . . 42
§ 18. Fortsetzung: die praktische Durchführung der A. . . 47
§ 19. 4) Wirkung der Amortisation 49
§ 20. 5. Der Genusschein 53

Literatur-Verzeichnis.

Auerbach, Das Aktienwesen, 1873.

Bachmann, In Buschs Archiv. Bd. 31.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. Bd. 1, 1896.

Bekker, In Goldschmidts Zeitschrift. Bd. 27, Leipzig, 1874.

Busch, Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts.

Buttermilch, Erwerbs eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft. Diss. Erlangen. 1909.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. Neueste Auflage 1910.

Cosack, Festschrift. Eigene Aktien als Bestandteile des Vermögens einer Aktiengesellschaft. Giessen 1907.

Düringer-Hachenburg, Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, Mannheim 1899, 1901 u. 1905.

Endemann, Oesterreichische Gerichtszeitung, Jahrg. 1869.

Esser, R. und F. Die Aktiengesellschaft nach den Vorschriften des Handelsgesetzbuchs vom 10. Mai 1897. 1899.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 8. Aufl. 1909.

Geiger, In Buschs Archiv, Bd. 30, 31.

Gestefeld, Die Amortisation von Aktien. Diss. Leipzig 1908.

Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887.

Goldmann, Das deutsche Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, Kommentar. Bd. 2, 1905.

Goldschmidt, Zeitschr. f. d. ges. H.R. Bd. 21.

Gradwohl, Die Herabsetzung des Grundkapitals. Diss. Erlangen 1910.

v. Hahn, Kommentar zum allgem. deutschen Handelsgesetzbuch, 1. Aufl. 1863, 2. Aufl. 1879,

Hecht, Creditinstitute, Bd. 1

Hergenhahn, Das Reichsgesetz betr. die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884. Kommentar 1891.

Hirsch, Der Erwerb eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft. Diss. Göttingen 1888.

Holdheim, Zeitschrift 1894.
Jaques, Dr., Oesterreichische Gerichtszeitung. Jahrg. 1869.
Jacoby, Die Herabsetzung des Grundkapitals. Diss. Leipzig 1910.
Johow u. Küntzel, Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit.
Kayser, Gesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884. Kommentar, 2. Aufl. 1891.
Kayssner, Teilweise Zurückzahlung des Grundkapitals an die Aktionäre, in Zeitschr. f. d. ges. H.R.
Klemperer, Die rechtliche Natur der Genusscheine. Diss. 1898.
v. Kräwel, In Buschs Archivs, Bd. 29.
Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaften, 1898.
Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts Leipzig. 1908.
Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich. Kommentar Bd. 1, 1902.
Leist, Die Sanierung der Aktiengesellschaften 1905.
Loewenfeld, Das Recht der Aktiengesellschaften, Kritik und Reformverschläge, 1879.
Makower, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 1873, 13. Aufl. 1906.
Materialien zum Handelsgesetzbuche für das deutsche Reich, Berlin, (Carl Heymanns Verl., 1897).
v. Mörss, Der Erwerb eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft. Diss. Leipzig, 1906.
Neuburger, Die Herabsetzung des Grundkapitals. Berlin 1911.
Oechelhäuser, Die Nachteile des Aktienwesens und die Reform der Aktiengesetzgebung. Berlin 1878.
Ortmann, Der Genusschein. Diss. Leipzig 1903.
Pappenheim, In Holdheims Zeitschrift 1899.
Petersen-Pechmann, Gesetz betr. die Kommanditgesellschaft auf Aktien, und die Aktiengesellschaften, vom 18. Juli 1884, Leipzig 1890.
Pinner, Das deutsche Aktienrecht. Kommentar 1899.
Pöhls, Das Recht der Aktiengesellschaften mit besonderer Rücksicht auf Eisenbahngesellschaften, 1842.
Primker, In Endemanns Handbuch, Bd. 1., 1881.
Puchelt, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, Bd. 1. 4. Aufl. Leipzig, 1893.
Rehm, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften. 1903.
Renaud, Das Recht der Aktiengesellschaften. 1. Aufl. 1875.
Riesser, Die Neuerungen im deutschen Aktienrecht. 1899.

Ring, Das Reichsgesetz betr. die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884. Kommentar 1. Aufl. 1886, 2. Aufl. 1893.
Runkel-Langsdorf, Die Folgen des Erwerbs eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft. Diss. 1906.
Savigny, System des röm. Recht. 1848.
Schleissner, Der Erwerb eigener Aktien. Diss. Göttingen 1910.
Simon, Die Bilanzen der Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaften auf Aktien. 3. Aufl. 1899.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl, 1906,
Thöl, Praxis des Handelsrechts und des Wechselrechts. Heft 1.
v. Völderndorff, Das Reichsgesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884. Commentar 1885.
Weyl, Handbuch des deutschen Aktiengesellschaftsrechts. 1896.

Zeitschriften.

Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.
Grünhuts Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart. Bd. 28, Wien 1901.
Holdheim, Monatsschrift für Aktienrecht und Bankwesen, Steuer und Stempelfragen.
Juristische Wochenschrift.

Erster Abschnitt.

Historischer Teil.

§ 1.

Das allgemeine Handelsgesetzbuch von 1861.

Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch von 1861 stand hinsichtlich des Rechtes der Aktiengesellschaften auf dem Konzessionssystem: Das Entstehen der Aktiengesellschaft war von staatlicher Genehmigung abhängig gemacht, sodass für die erforderlichen Kautelen den Gesellschaftsgläubigern gegenüber durch das Erfordernis staatlicher Genehmigung des Gesellschaftsvertrages gesorgt war. Dies Erfordernis war aber auch die einzige Sicherheit, die das Gesetz den Gläubigern verlieh. Ueber den Erwerb eigener Aktien und die Amortisation enthielt das Gesetzbuch keinerlei Bestimmung, es war also den Aktiengesellschaften für Spekulation in eigenen Aktien der weiteste Spielraum gewährt, und dies musste zu grossen Unzuträglichkeiten führen. So kam es vor, dass völlig verschuldete Aktiengesellschaften einen grossen Teil ihrer Aktien zurückkauften, um wenigstens einen Teil der Aktionäre zu befriedigen, sodass für die Gläubiger lediglich ein Haufen völlig wertlosen Aktienpapiers übrig blieb. Es konnten ferner die Aktiengesellschaften den Reservefonds aus eigenen zurückgekauften Aktien bilden, sodass er dann, wenn er seinen Zweck erfüllen sollte, z. B. bei einem Kurssturz, versagte, da er durch den Kurssturz selbst entwertet wurde. Durch den

Ankauf eigener Aktien war der Gesellschaft ferner ein Mittel an die Hand gegeben, auf den Kurs der Aktien einzuwirken. Durch eine grosse Nachfrage wurde der Kursstand künstlich in die Höhe getrieben, und solange gehalten, bis der Vorstand oder einige Aktionäre ihre Anteile günstig abgesetzt hatten.

Man wurde zunächst durch einen Artikel des Wiener Advokaten Dr. Jacques in der Oesterreichischen Gerichtszeitung Jahrg. 1869 Nr. 50, und durch die Entgegnungen Endemanns in demselben Jahrgang Nr. 78 bis 81 auf die Misstände hingewiesen, die das Spekulieren in eigenen Aktien gezeitigt hatte.

In Deutschland scheint es zu wesentlichen Unzuträglichkeiten nicht gekommen zu sein. Wagner erwähnt in seinem Werk „System der Zettelbankpolitik" den Rückkauf eigener Aktien als ein häufig gewähltes Mittel zur Reduzierung des Aktienkapitals, er berichtet aber an keiner Stelle von Misständen, die dadurch gezeitigt wurden.

Schon im Jahre 1842 erwähnt Pöhls die Amortisation mittels freihändigen Ankaufs von Aktien oder durch Auslosung unter Verwendung von Mitteln aus dem Grundvermögen, ebenso die Auszahlung von Einlagebeträgen an die Aktionisten aus dem Gewinne, ohne Unzuträglichkeiten zu erwähnen.

Auch erklärt ein Gutachten der Hamburger Handelskammer vom 8. Oktober 1873, dass „der Ankauf eigener Aktien ihres Wissens niemals zu praktischen Inkonvenienzen geführt habe". Goldschmidt[1]) schrieb im Jahre 1869 in einem Gutachten, dass, sofern es sich um voll eingezahlte Aktien handele, der Einkauf keinerlei rechtliche Bedenken gegen sich habe. Dagegen sei der Ankauf von Interimsscheinen schon nach geltendem Recht (Art. 222, 223) unstatthaft.

---

1) abgedruckt bei Keyssner, Aktiengesellschaften S. 218.

In dieser Zeit war man in Deutschland mit einer Reform der ganzen Aktiengesetzgebung beschäftigt. Die Gesetzgebung beabsichtigte, mit dem Konzessionssystem zu brechen, und zum sogenannten System der Normativbestimmungen mit Eintragungszwang überzugehen. Das Gesetz setzte die erforderlichen Normen fest, und wenn dem Erfordernis der gesetzlichen Bestimmungen genügt war, war der Staat gezwungen, die Gesellschaft einzutragen und anzuerkennen. Bei der nun fehlenden staatlichen Genehmigung musste man sämtliche Normen, die den Schutz der Gläubiger und Aktionäre bezwecken, legislativ festlegen. Die Kommission zur Beratung eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches beschloss auch die Verminderung des Grundkapitals durch Rückzahlung an die Aktionäre im Wege der Amortisation zu regeln, da unter Umständen eine solche Verminderung für die Gesellschaft sich als geboten erweisen könne. Die Protokolle erwähnen dabei hauptsächlich Bergwerksgesellschaften, bei denen sich das Gesellschaftsvermögen nach und nach aufzehre. Doch musste bei der Neuregelung sowohl Gläubigern wie den Aktionären die nötige Sicherheit gewährleistet werden.

§ 2.

Die Aktiennovelle von 1870.

Infolgedessen bestimmte die Aktiennovelle von 1870:

Art. 215, Abs. 3.

„Die Aktiengesellschaft darf eigene Aktien nicht erwerben. Sie darf eigene Aktien auch nicht amortisieren, sofern dies nicht durch den ursprünglichen Gesellschaftsvertrag oder durch einen, den letzteren abändernden, vor Ausgabe der Aktien gefassten Beschluss zugelassen ist.“

Art. 255, B.

„Die Mitglieder des Aufsichtsrates sind persönlich und solidarisch zum Schadenersatz verpflichtet, wenn mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten Einlagen an die Aktionäre zurückgezahlt, oder der Bestimmung des Artikel 215 Abs. 3 entgegen, eigene Aktien der Gesellschaft erworben oder amortisiert worden sind."

Art. 241, Abs. 2.

„Mitglieder des Vorstandes, welche ausser den Grenzen ihres Auftrages, oder den Vorschriften dieses Titels oder des Gesellschaftsvertrages entgegen handeln, haften persönlich und solidarisch für den dadurch entstandenen Schaden."

Art. 248.

„Eine teilweise Zurückzahlung des Grundkapitals an die Aktionäre oder eine Herabsetzung desselben kann nur auf Beschluss der Generalversammlung erfolgen.

Die Zurückzahlung oder Herabsetzung kann nur unter Beobachtung derselben Bestimmungen erfolgen, welche für die Verteilung des Gesellschaftsvermögens im Falle der Auflösung massgebend sind."

Art. 243, 245.

„Die Mitglieder des Vorstandes, welche dieser Vorschrift entgegen handeln, sind den Gläubigern der Gesellschaft persönlich und solidarisch verhaftet."

Die so durch die Novelle geschaffene Rechtslage führte zu zahlreichen Meinungsverschiedenheiten in Theorie, wie in Praxis.

Zunächst waren die Folgen der Ueberschreitung des Verbots Gegenstand vieler Kontroversen.

Zahlreiche Schriftsteller[1]) behaupteten, die Bestim-

1) vergl. Goldschmidt, Bd. 21; Renaud, § 415, Thöl, 336; Kayssner in Buschs Archiv, Bd. 33, § 223—256; Entsch. des R.O.H.G. Bd. 3, § 331; v. Hahn, § 694; Bekker in Goldschmidts Zeitschrift, Bd. 27, S. 459.

mung des Artikel 215, Abs. 3 sei lediglich eine instruktionelle, ordnungspolizeiliche Vorschrift, da ihr die sanctio legis fehlte; demgemäss sei die Folge der Uebertretung der Vorschrift nur, dass Vorstand aus 241 und Aufsichtsrat aus 225 b schadenersatzpflichtig seien. Im übrigen sei das Rechtsgeschäft gültig.

Demgegenüber stützten sich viele Ansichten[1]) auf die bekannte Theodosianische Verordnung L. 5, Cod. de legibus 1, 14, wonach jedes verbotene Rechtsgeschäft ipso jure für nichtig erklärt ist. Sie hielten das Gesetz also für eine lex absoluta et perfecta; neben der Ersatzpflicht von Vorstand und Aufsichtsrat folge aus der Uebertretung des Verbotes noch Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes. Diesen Standpunkt vertrat auch das Reichsoberhandelsgericht in einer Entscheidung vom 7. Mai 1875.

Darüber, dass nur der Erwerb für eigene Rechnung, nicht auch der im Auftrage und für Rechnung eines Dritten untersagt sei, dass also der Kommissionsverkehr in eigenen Aktien, wie er hauptsächlich von den Banken betrieben wurde, nicht unter das Verbot falle, herrschte wohl keine Meinungsverschiedenheit. Die Motive enthalten über diese Frage keine Andeutung; da auch der Kommissionär Besitz und Eigentum dem Committenten zuwendet, so fällt der Kommissionskauf auch nicht unter den Begriff „Erwerb".

Sehr umstritten war aber die Frage, wie weit der Ausdruck „Erwerb" auszudehnen sei. Die Motive sprachen nur von „Ankauf", dagegen hatte der gleichzeitige Gesetzentwurf schon den Ausdruck „Erwerb" aufgenommen. Unbedingt war jeder Erwerb oneroso titulo verboten; aber ob jeder Erwerb lucrativo titulo von dem Verbot berührt wurde, war sehr zweifelhaft. Der Artikel 215, nach Thöl „eine wahre crux für den Interpreten",

1) Vergl. Geiger im Buschs Archiv, Bd. 30, S. 10, Bd. 31, S. 328; ebenda Bachmann, S. 7; Auerbach, S. 54; Primker, S. 613.

verbietet allerdings schlechthin den Erwerb, und die Praxis begreift unter Erwerb beide Titel sowohl oneroso wie lucrativo, doch war man durchweg der Ansicht, dass ein solcher Erwerb, in dem für die Gesellschaft und die Gläubiger keine Gefahr zu finden sei, wie durch Schenkung, Vermächtnis, Erbeseinsetzung oder im Wege der Zwangsvollstreckung, des Vergleichs mit dem sonst zahlungsunfähigen Schuldner, nicht unter das Verbot fallen sollte, zumal die Aktiengesellschaft, wenn der Schuldner kein anderes Exekutionsobjekt, als die eigenen Aktien besitzt, auf den Erwerb derselben angewiesen ist. Die Motive erklären allerdings, wenn auch beispielsweise die Schenkung eigener Aktien an die Gesellschaft den Aktionären keinerlei Schaden bedeute, doch einen solchen Aktienbesitz als widersprechend dem Wesen und den inneren Rechtsverhältnissen der Gesellschaft. Diese Streitfrage ist nicht zur Entscheidung vor das Reichsoberhandelsgericht gekommen; jedoch muss man nach dem formellen Ausdruck des Gesetzes annehmen, dass jeder Erwerb, nicht nur der Ankauf eigener Aktien von dem Gesetzgeber als verboten anzusehen sein sollte. Savigny[1]) sagt, das Verbot sei mit Absicht in der vorliegenden unbedingten Fassung gegeben worden, um jede Unterscheidung auszuschliessen. Aehnlich sei bei dem S. C. Macedonianum das Verbot soweit gefasst worden, weil sonst die wirklich gemeinten Fälle unmöglich sicher getroffen werden könnten.

In der Praxis wird sich wohl nie ein Konflikt zwischen den Interessen der Gläubiger und der Aktionäre ergeben haben. Eine Schadensersatzpflicht wird wohl bei einem Erwerb lucrativo titulo schwerlich praktisch.

Das Reichsoberhandelsgericht hat indess ausgesprochen[2]), dass der Wiedererwerb der Aktien durch die Gesellschaft nicht unter das Verbot falle, wenn er Ge-

1) Siehe Savigny, System, Bd. 1, S. 219.
2 Entsch. Bd. 17, S. 386.

genstand eines Nebenvertrages ist, der dem Veräusserungsgeschäft als bedingend beigefügt ist und die Wiederherstellung des vor der Veräusserung bestandenen Zustandes bezweckt.

Entgegen der Ansicht so gewichtiger Schriftsteller wie Hahn und Goldschmidt[1]), die sich für die Beleihung eigener Aktien aussprachen, muss doch wohl angenommen werden[2]), dass sich das Verbot des Erwerbs eigener Aktien auch auf die Pfandnahme und die Lombardierung erstrecken sollte, obwohl das Gesetz keinerlei Bestimmung darüber enthielt. Denn wenn man die Beleihung eigener Aktien als nicht unter das Verbot fallend gelten lassen wollte, verlor das ganze Gesetz seinen Zweck, da unter dieser Form das Verbot mit Leichtigkeit umgangen werden konnte.

Die Aktiennovelle enthielt auch die erste gesetzliche Regelung der Amortisation. Nach Artikel 215, Abs. 3 sollte jede Art der Amortisation von Aktien verboten sein, wenn sie nicht statutarisch vor Ausgabe der betroffenen Aktien angeordnet war. Die Motive äussern sich darüber folgendermassen: „Auch eine Amortisation der Aktien muss wiederum aus denselben Gesichtspunkten“ (als mit dem Wesen der Aktiengesellschaft nicht in Einklang stehend) „für unstatthaft erklärt werden, es sei denn, dass die Amortisation schon durch den ursprünglichen Gesellschaftsvertrag oder durch einen den letzteren abändernden, vor Ausgabe der Aktien gefassten Beschluss zugelassen ist. Nach diesen Grundsätzen ist schon in der Praxis verfahren. Eine Operation der zuletzt bezeichneten Art lässt sich als eine im Voraus angekündigte, allmähliche Auflösung der Gesellschaft charakterisieren. Eine Amortisation, welche abweichend hiervon nach Ausgabe der Aktien beschlossen wird, ist nichts anderes, als

1) v. Hahn, S. 695; Goldschmidt S. 21, S. 4.

2) S. Hecht, S. 86; Keyssner, S. 227; Oechelhäuser S. 84; Renaud, S. 416; Loewenfeld, Bd. 491.

der einfache Ankauf eigener Aktien und eine hiermit verbundene Zurückzahlung des Aktienkapitals.“ Wie sich aus dem letzten Satz ergibt, begriff der Gesetzgeber unter Amortisation nur die zwangsweise und planmässige Einziehung von Aktienrechten, während eine nach Ausgabe der Aktien beschlossene Amortisation nur eine Kapitalreduktion durch freihändigen Ankauf darstellte und damit unter das Verbot des Art. 215 fallen musste. Gerade in der Zeit nach Erlass des Gesetzes, in den auf die sogenannten „Gründerjahre“ folgenden Zeiten sahen sich zahlreiche Gesellschaften gezwungen, in Folge schlechter Geschäftsjahre und ungünstiger Geschäftslage ihr in dem Gründertaumel allzu hoch bemessenes Aktienkapital zu reduzieren, ohne eine solche Amortisation in den Statuten vorgesehen zu haben. Der einfache und bequeme Weg des Ankaufs eigener Aktien und deren Amortisation war ihnen damit völlig verlegt.

Die Praxis des Oberhandelsgerichts [1]) machte einen Unterschied zwischen der Amortisation von Aktien und der teilweisen Rückzahlung des Grundkapitals. Unter Amortisation im Sinne des Gesetzes verstand das Oberhandelsgericht nur die mittels Auslösung oder Kündigung stattfindende Ausschliessung von Aktienrechten unter Gewährung einer Abfindung, und zwar lediglich aus dem Reingewinn ohne jede Alteration des Gesellschaftsbestandes und ohne jede Einwirkung auf den Passivstand; die teilweise Rückzahlung sei aber nichts anderes als eine partielle Auflösung der Gesellschaft mit gänzlicher Abstossung der Schulden, charakterisiere sich also als eine Neubildung des verbleibenden Restkapitals. Diesem letzteren Begriffe unterfalle auch der Erwerb und die Vernichtung von Aktien in Ausführung einer Kapitalreduktion. Diese Massregel unterstehe dem Artikel 248 und sei also statthaft; der Ankauf werde nicht von dem Verbot des Artikels 215 betroffen, da der Ankauf nur statt-

1) Bd. 18, S. 423.

finde, um die Aktien zu vernichten, nicht um sie zu behalten.

In der Theorie fand diese Ansicht nur wenige Anhänger, unter ihnen auch Thöl und Renaud. Sie hielten die Herabsetzung des Kapitals durch Erwerb eigener Aktien für erlaubt, sofern nur die Kautelen des Art. 248 erfüllt seien. Sie argumentierten: Der Art. 248 enthält keinerlei Bestimmungen über die Form der Reduzierung des Grundkapitals, es macht demnach keinen Unterschied, ob die Reduzierung durch Zusammenlegung noch nicht voll eingezahlter Aktien erfolge. Die Vorschriften des Art. 215 werden durch diesen Artikel insoweit ausser Kraft gesetzt.[1]) Diese Folgerung widerspricht, wenn auch vielleicht nicht der Intention des Gesetzgebers, so doch jeder logischen Interpretation. Wenn in Art. 215 der Erwerb ausdrücklich verboten und in Art. 248 zum Zwecke der Kapitalsreduktion nicht ausdrücklich eine Ausnahme zu dem Verbot normiert ist, so ist wohl der einzig zulässige Schluss, dass der Art. 215 den Art 248 einschränkt, dass also Art. 248 eine Kapitalsreduktion nur insoweit zulässt, als die Ausführung nicht gegen das Verbot des Art. 215 verstösst. Wenn es auch zweifelhaft ist, dass der Gesetzgeber die Tragweite seiner Vorschriften überall bestimmt übersehen hat, so muss doch der Schluss bestehen bleiben, dass die Amortisation eigener Aktien nicht ohne weiteres in Gemässheit der Art. 215 und 248 gestattet ist, es muss vielmehr der abändernde Gesellschaftsbeschluss vor Ausgabe der zu amortisierenden Aktien gefasst sein.

Soll die Amortisierung aus dem Grundkapital geschehen, so muss die Realisierung des Gesellschaftsbeschlusses durch Heimzahlung der amortisierten Aktien

1) Vgl. v. Kräwel in Buschs Archiv, Bd. 29 S. 18; Renaud S. 414: Keyssner, S. 231; Bescheid des Appellationsgerichts zu Frankfurt a/M. 18. 3. 1874.

ausserdem an die Beschränkungen des Art. 248 gebunden sein. Es gilt dies auch in dem Falle, dass die Amortisierung nicht nach dem Nominalwerte oder einem sonst fest bestimmten Kurse, sondern nach dem jederzeitigen Kurse bewirkt wird, indem die Amortisierung durch Ankauf der Aktien seitens der Gesellschaft vorbereitet wird, der Erwerb eigener Aktien demgemäss nur ein Mittel der Amortisierung darstellt.[1])

Im Gegensatz zu dieser gesetzlichen Bestimmung machten eine Anzahl Gesellschaften, vornehmlich Banken von der Amortisierung vermittels freihändigen Ankaufs praktische Anwendung. Zunächst beschloss die Zentralbank für Industrie und Handel in Berlin versuchsweise die Herabsetzung ihres Grundkapitals um den Betrag von einer halben Million Taler und dann, als dieser Beschluss anstandslos Aufnahme in das Handelsregister gefunden hatte, die fernere Herabsetzung des Grundkapitals um noch zwei Millionen Taler durch Ankauf von Gesellschaftsaktien. Dieses Beispiel fand lebhafte Nachfolge und viele deutsche Banken reduzierten auf diesem Wege ihr Grundkapital.

§ 3.

Die Aktiennovelle von 1884.

Da man mit der Normierung der Novelle von 1870 von einem Extrem in das andere gefallen war, und in der Praxis wie in der Theorie sich überaus zahlreiche Unzuträglichkeiten herausgestellt hatten, tauchten von allen Seiten Reformvorschläge und Verbesserungsanträge auf. Schon im Frühjahr 1870 brachte der Abgeordnete Mosle im Reichstage einen Gesetzesvorschlag ein in der Fassung: „Das Verbot des Erwerbs und der Amortisierung eigener Aktien greift nicht Platz, sofern der

1) Siehe Loewenfeld, S. 478; v. Hahn, S. 696; Goldschmidt, Bd. 21; ebenso Auerbach, S. 53; Puchelt, S. 403.

Erwerb zum Zwecke der Vernichtung von Aktien und unter Innehaltung der Vorschriften des Art. 248 erfolgt.“ Dieser Antrag blieb aber unerledigt. Im Frühjahr 1873 richtete dann der Abgeordnete Dr. Lasker, mit Unterstützung zahlreicher Abgeordneten verschiedener Fraktionen, an den Reichskanzler die Anfrage, ob die Reichsregierung eine Abänderung der allgemein als schädlich befundenen Aktiengesetze herbeizuführen gewillt sei. Die Reichsregierung erklärte, zunächst die amtlichen Erhebungen in den Einzelstaaten abwarten zu wollen. Im Frühjahr 1874 trat dann der Abgeordnete Mosle mit dem Antrage an die Regierung, den Erwerb eigener Aktien behufs Amortisierung legislativ zu gestatten. Dem Antrag wurde nicht stattgegeben. Auf Antrag der Abgeordneten Dr. Lasker und von Köller beschloss im Mai 1876 das Preussische Abgeordnetenhaus, „die Königliche Staatsregierung aufzufordern, dahin zu wirken, dass die Reform der Gesetze über das Aktienwesen durch die Reichsgesetzgebung baldigst in Angriff genommen werde“.

Dem daraufhin von der Staatsregierung bei dem Bundesrat gestellten Antrag wurde stattgegeben und das Reichsjustizamt wurde mit der Abfassung eines Entwurfes beauftragt. Dieser Entwurf wurde im Juli 1884 als Gesetz ausgefertigt.

Da im wesentlichen diese sogenannte 2. Aktiennovelle von 1884 die noch jetzt im Handelsgesetzbuch geltenden Bestimmungen einführte, können wir von einer eingehenden Besprechung absehen, doch werden wir auf die Unterschiede und Abweichungen von dem jetzt geltenden Recht bei Besprechung des letzteren zurückkommen.

II. Abschnitt.

Dogmatischer Teil.

Das Handelsgesetzbuch von 1897.

Die vorstehend geschilderte Rechtsentwickelung wird durch das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 10. Mai 1897 vorläufig zum Abschluss gebracht. In Folge der Neuordnung des Bürgerlichen Rechts durch das Bürgerliche Gesetzbuch vom 18. August 1896 wurde eine Umarbeitung des Handelsrechts erforderlich gemacht.

Das Handelsgesetzbuch bestimmt in:

§ 226:

Die Aktiengesellschaft soll eigene Aktien im regelmässigen Geschäftsbetriebe, sofern nicht eine Kommission zum Einkauf ausgeführt wird, weder erwerben noch zum Pfande nehmen. Eigene Interimsscheine kann sie im regelmässigen Geschäftsbetrieb auch in Ausführung einer Einkaufskommission weder erwerben, noch zum Pfande nehmen. Das Gleiche gilt von eigenen Aktien, auf welche der Nennbetrag oder, falls der Ausgabepreis höher ist, dieser noch nicht voll geleistet ist.

§ 227:

Die Einziehung (Amortisation) von Aktien kann nur erfolgen, wenn sie im Gesellschaftsvertrag angeordnet oder gestattet ist. Die Bestimmung muss in dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrag oder durch eine vor der Zeichnung der Aktien bewirkte Aenderung des Gesellschaftsvertrages getroffen sein, es sei denn, dass die Einziehung nicht mittels Auslosung, Kündigung oder in ähnlicher Weise, sondern mittels Ankaufs der Aktien geschehen soll. Jede Art der Einziehung darf, sofern sie nicht nach den für die Herabsetzung des Grundkapitals massgebenden Vorschriften stattfindet, nur aus dem nach der jährlichen Bilanz verfügbaren Gewinn erfolgen.

B. Der heutige Rechtszustand betr. den Erwerb und die Pfandnahme.

I. Die Vollaktien.

§ 4.

Das Erwerbsverbot.

Das Handelsgesetzbuch macht in dem Erwerbsverbot einen Unterschied zwischen voll eingezahlten Aktien und Interimsscheinen und im Hinblick auf die neue Vorschrift des § 179, 3 stellt das Gesetz den Interimsscheinen diejenigen Namensaktien, die vor der vollen Leistung der Einzahlungen ausgegeben werden, gleich.

Die Aktiengesellschaft „soll" Vollaktien nicht erwerben. Die Vorschrift hat also lediglich eine instruktionelle Bedeutung. Das Rechtsgeschäft als solches ist vollgültig und kann von keiner Seite angefochten werden. Ebensowenig kann auch Erfüllung verweigert werden. Die Gesellschaftsorgane, sowohl Vorstand wie Aufsichtsrat, sind für etwaigen Schaden ersatzpflichtig (§§ 241, 249), und zwar auch, wenn kein besonderes Versehen vorliegt, da jede Verletzung eines Verbotgesetzes allein den Vorsatz in sich schliesst und für den entstehenden Schaden verantwortlich macht. Die Mitglieder des Aufsichtsrates sind zwar nur dann für den etwaigen Schaden haftbar, wenn mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten die Handlungen vorgenommen sind. Wissen müssen steht dabei dem Wissen gleich und die Beweispflicht für das erforderliche Wissen obliegt den Gläubigern.

Ob auch der Dritte für etwaigen Schaden verantwortlich gemacht werden kann, ist bestritten und wird von einigen Schriftstellern [1]) angenommen. So sagt Kayser: Wenn der Dritte wissentlich die Umgehung unterstützt, so ist er der Gesellschaft nach allgemeinen Vorschriften regresspflichtig.

1) So Kayser S. 125; von Völderndorff, S. 510.

Dem ist aber nicht beizupflichten, denn vermittels ihrer Organe ist die Gesellschaft an der unerlaubten Handlung mitbeteiligt, und aus dem Deliktstatbestand wird keinem ein Regressanspruch an den anderen gegeben, wenn beide an dem Delikt beteiligt waren.[1])

Das Registergericht hat einer auf Aktienerwerb gerichteten Statutenänderung die Eintragung zu versagen.

Schon die Novelle von 1884 normierte das Erwerbsverbot nur als Ordnungsvorschrift und beseitigte damit die Zweifel- und Streitfragen, die das frühere Gesetz hinsichtlich der Auslegung des Verbots hervorgerufen hatte. Auch erstreckte sich schon das Verbot nur auf den Erwerb im regelmässigen Geschäftsbetrieb. Wenn die Novelle auch von „geschäftlichem Betriebe" spricht, so war doch die Auslegung allgemein, dass es sich um „regelmässigen Geschäftsbetrieb" handele. Es ist also gleichgültig, ob der Erwerb im Betriebe der gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Tätigkeit geschieht oder im Rahmen der regelmässigen geschäftlichen Tätigkeit.

§ 5.

Ausnahmen zum Erwerbsverbot.

Alle Geschäfte, die dem regelmässigen Geschäftsverkehr fremd sind, unterfallen also nicht dem Verbot. Hierher gehören zunächst alle Geschäfte, die in einer Zwangslage die einzige Möglichkeit geben, die Gesellschaft vor Schaden zu bewahren, der Erwerb in der Zwangsvollstreckung und im Zwangsvergleich. Es ist in einigen Auslegungen auch der Fall genannt, dass ein Vergleich ausserhalb des regelmässigen Geschäftsbetriebes einen rechtsgültigen Erwerb darstelle, wenn ein gänzlich zahlungsunfähiger Schuldner kein anderes Vermögensstück der Gesellschaft zur Befriedigung

1) Ebenso Ring, S. 377; Petersen-Pechmann, S. 173; A. Mg.: Staub, S. 764; Buttermilch, S. 11.

bieten kann, als deren eigene Aktien.[1]) Es ist diese Ansicht aber nicht berechtigt. Der Vergleich bedeutet eine Annahme an Zahlungsstatt und muss unbedingt als unter das Verbot fallend erachtet werden[2]); denn man kann nicht aus theoretischen Gründen die Annahme an Zahlungsstatt als ein ausserhalb des regelmässigen Geschäftsbetriebes liegendes Geschäft definieren.

Praktisch wird sich allerdings schwerlich eine Schadensersatzpflicht in dem vorliegenden Falle ergeben, wenn die Organe im Wege des Vergleichs die eigenen Aktien der Gesellschaft erwerben; es kann dies ja nur eintreten, wenn die gesetzliche Art des Erwerbes durch Zwangsverfahren mehr ergeben hätte.[3])

Nicht zum regelmässigen Geschäftsbetrieb gehört ferner der Erwerb im Wege der Schenkung, dem der Erwerb durch Erbfall gleichzustellen ist. Während bis zur 2. Aktien-Novelle es noch streitig war, muss man jetzt die Schenkung unbedingt als nicht unter das Verbot fallend ansehen. Es liegt ja auch kein Grund vor, weshalb ein Rechtsgeschäft, das in keinem Falle für Gläubiger und Aktionäre einen Schaden bedeutet, im Gegenteil in den weitaus meisten Fällen nur geschäftlichen Nutzen bringen kann, verboten sein soll. Eine Schenkung dagegen würde nicht vorliegen, wenn ein Schuldner der Gesellschaft seine Aktien als Schenkung hingibt mit der Auflage, dass ihm eine Schuld in Höhe des Nominalwertes der Aktien erlassen wird; es stellt dies eine datio in solutum dar, die wie oben dargelegt unter allen Umständen von dem Verbote betroffen wird.

Der § 226 lässt weiterhin für den Fall der Einkaufskommission eine Ausnahme von dem Erwerbsverbot zu. Die Gesellschaft darf also eigene vollbezahlte Aktien erwerben und zum Pfande nehmen nur

1) So v. Hahn, S. 694; Renaud, S. 416; v. Völderndorff, S. 511; Petersen-Pechmann, S. 169; Ring, S. 150. 2) Ebenso v. Mörss, S. 17; Buttermilch, S. 17. 3) S. Esser S. 77.

in Ausführung eines speziellen Kommissionsauftrags. Es ist natürlich unstatthaft, dass die Gesellschaft eigene Aktien erwirbt und sie sozusagen auf Lager nimmt mit der Begründung, als Kommissionsverkäuferin müsse sie für die Committenten stets eine Anzahl Aktien auf Lager halten. Es ist auch als eine unstatthafte Umgehung des Gesetzes zu erachten, wenn die Gesellschaft über die in Ausführung der Kommission erworbenen Aktien nachträglich für eigene Rechnung verfügt und dem Committenten andere Stücke liefert. Staub hält dem zwar, doch wohl mit Unrecht entgegen, es liege keine Umgehung des Gesetzes vor, wenn nach Lage der Sache der Committent keinen Anspruch auf bestimmte Nummern habe; in diesem Falle könnten die Ersatzstücke ebenfalls von der Gesellschaft rechtmässig erworben sein, z. B. durch Zwangsvollstreckung oder Schenkung. Man kann aber für diesen einen Fall nicht eine Ausnahme von der Bestimmung statuieren, da sonst der Vorstand jeden Erwerb als in Ausführung einer Einkaufskommission liegend vornehmen könnte.[1])

Auch der Fall, dass der Kommissionsauftrag zum Einkauf im Wege des Selbsteintritts gemäss § 400 ausgeführt wird, muss für zulässig erachtet werden.

§ 6.

Das Verbot der Pfandnahme.

Dem Erwerb eigener Aktien ist die Pfandnahme gleichgestellt. Da man erkannt hatte, dass der Zweifel, der unter der 1. Aktiennovelle herrschte, ob die Pfandnahme auch unter das Verbot falle, zu grossen Unzuträglichkeiten führte, weil für diejenigen, die diese Frage verneinten, die Umgehung des Verbots ein leichtes war, war schon in der 2. Aktiennovelle die Pfandnahme aus-

1) Ebenso Hirsch, S. 23; Petersen-Pechmann, S. 172; Ring, S. 380; Pinner, S. 120; Lehmann, S. 84; Goldmann, S. 953; Hergenhahn S. 96.

drücklich als verboten benannt. Es ist also jedes Rechtsgeschäft verboten, das auf Einräumung des Pfandrechts unmittelbar gerichtet ist, so namentlich auch das Lombardgeschäft und die Verpfändung im Contocurrent und Kreditverkehr.[1])

Nach dem Ausdruck des Gesetzes ist nicht die Entstehung eines Pfandrechts als rechtlich unmöglich normiert, sondern wie sich aus dem Wort „Pfandnahme" ergibt, ist nur eine vertragliche Pfandbestellung verboten. Zum Pfande „nehmen" kann man nur, was von der Gegenseite zum Pfande gegeben ist, und der Niederschlag dieses gegenseitigen Gebens und Nehmens ist eben der Vertrag. Das gesetzliche Pfandrecht ist nur in dem Falle ausgeschlossen, wenn es absichtlich die Umgehung des Gesetzes bezweckt, weil ein jedes Rechtsgeschäft in fraudem legis verboten ist. Die Gesellschaft darf also nicht für ihr als vermögenslos bekannte Personen im Wege der Einkaufskommission eigene Aktien erwerben, um dann ihr gesetzliches Pfandrecht geltend machen zu können. Ebenso stellt es eine Umgehung des Gesetzes dar, wenn eine Gesellschaft Kredit einräumt, in Hinsicht auf bei ihr deponierte Aktien, wenn auch in diesem Falle nur ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht entsteht, das aber in dieser Beziehung dem gesetzlichen Pfandrechte gleichsteht.

§ 7.

Ausnahmen zu dem Verbot der Pfandnahme.

Auch als Pfandnahme ist die Annahme von Beamtenkautionen aufzufassen; ob aber diese ein Pfandnehmen im regelmässigen Geschäftsbetrieb darstellt, ist sehr bestritten. Petersen-Pechmann machen folgende Unterscheidungen: Soll die Kaution statutarisch in

1) S. Petersen-Pechmann, S. 171; Goldmann. S. 953: Makower, S. 484; Pinner, S. 122; Esser, S. 77, Ring, S. 381: v. Mörss, S. 20; Hirsch, S. 27.

einer bestimmten Geldsumme geleistet werden, so ist die Hingabe eigener Aktien an Stelle der Geldsumme nur dann statthaft, wenn sie im regelmässigen Geschäftsbetrieb erfolgt; ist im Statut eine Kaution in eigenen Aktien vorgesehen, etwa um in den Beamten das Gefühl der Solidarität der Interessen zu stärken, so ist die Pfandnahme ohne weiteres gestattet; erfolgt aber die Kaution zur Sicherung etwaiger späterer Ansprüche gegen die hinterlegenden Beamten, so ist die Kautionsleistung unzulässig.

v. Völderndorff erblickt in jeder Kautionsleistung einen unzulässigen Akt der Pfandnahme und erklärt daher jede Kautionsleistung in eigenen Aktien für verboten [1])

Ratio legis des Verbotes der Pfandnahme ist, sowohl der Spekulation in eigenen Aktien im Wege der vertraglichen Pfandbestellung Einhalt zu tun, als auch eine Umgehung des Erwerbsverbots durch die Pfandnahme zu unterbinden. Da aber diese beiden Fälle für die Kautionsleistung nicht in Betracht kommen, muss eine solche in eigenen Aktien als zulässig erachtet werden. Die Zulässigkeit ergibt sich auch schon daraus, weil unzweifelhaft eine Kautionsleistung ausserhalb des regelmässigen Geschäftsverkehrs erfolgt. Es muss auch entgegen Petersen-Pechmann im ersten Falle, dass in den Statuten eine Geldsumme als Kaution gefordert wird, eine solche in eigenen Aktien als gestattet angesehen werden. Zum regelmässigen Geschäftsverkehr gehört nur ein solches Pfandgeschäft, das im wirtschaftlichen Betrieb des Handelsgewerbes abgeschlossen ist. Wenn man auch auffassen kann, dass die Kaution als Sicherheitsleistung für etwaige Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen ihre Beamten indirekt der Gewinnerzielung dient, so ist dies doch nicht der Hauptgrund

1) Ebenso Pinner, S. 122.

der Kautionsleistung und es liegt ihr auch nicht die im regelmässigen Geschäftsverkehr geforderte Gewinnabsicht bei, sie stellt keine Erwerbsquelle dar. [1])

§ 8.
Das Report und Deportgeschäft.

Als ein verbotenes Pfandgeschäft erklären einige Schriftsteller auch das Reportgeschäft als verboten. Beim Reportgeschäft kauft die Gesellschaft eigene Aktien zum Tageskurse, lieferbar zum nächsten Ultimo und verkauft gleichzeitig demselben Verkäufer diese Papiere oder Stücke gleicher Art zum Ultimo des nächsten Monats mit einem bestimmten Aufschlag, dem Report, zurück. Petersen-Pechmann erklären nun das Reportgeschäft für ein Darlehnsgeschäft, unter Verpfändung der reportierten Papiere, und als verschleiertes Pfandgeschäft als dem Verbote unterworfen. Der mit dem Ankauf verbundene Rückverkauf sei nur eine Modifikation des ursprünglichen Kaufgeschäftes und demgemäss als unzulässiger Erwerb anzusehen. [2])

Diese Ansicht kann aber in ihrer rechtlichen Konstruktion nicht als richtig angesehen werden, wenngleich sie im Effekt unserer Ansicht identisch ist. Bei jeder Pfandbestellung bleibt das Pfandobjekt Eigentum des Schuldners, und kann der Pfandgläubiger nicht frei über das Pfandobjekt verfügen, während bei dem Reportgeschäft die Gesellschaft Eigentum erwirbt und sich lediglich verpflichtet, Aktien, Papiere derselben Art, zum Ultimo des nächsten Monats zu liefern. Wenn auch äusserlich das Geschäft einige Aehnlichkeit mit einer Beleihung oder einem Darlehnsgeschäft gegen Sicherheit

1) Derselben Ansicht: Goldmann, S. 954; Makower S. 484; Esser, S. 78; Ring, S. 381; v. Mörss, S. 18; Hirsch, S. 26.

2) Ebenso: Makower, S. 483; Goldmann, S. 953; Ring, S. 378; Pinner, S. 122; Puchelt, S. 447; Esser, S. 78; Kayser, S. 126; v. Völderndorff, S. 513.

durch Pfandgabe hat, so liegt doch ein regelrechter Kauf vor, der Eigentum überträgt. Das Reportgeschäft besteht seiner rechtlichen Natur nach, aus „zwei mittels eines Entschlusses getätigten Geschäften", dem Ankauf seitens des Reporteurs und dem Wiederverkaufe an den Spekulanten. Das Ankaufsgeschäft ist aber verboten, auch wenn das Eigentum nur vorübergehend ist, und da das Verkaufsgeschäft nur eine Modifikation, sozusagen ein Nebenvertrag des Ankaufsgeschäfts ist, so muss das ganze Reportgeschäft als unstatthaft angesehen werden, und Verletzung macht schadenersatzpflichtig.

Das Deportgeschäft beginnt mit einem Verkaufsgeschäft zum Tageskurse des nächsten Ultimo und schliesst mit einem Kaufgeschäft zum übernächsten Ultimo zu einem um den Deport niedrigeren Kaufpreis. Man hat das Deportgeschäft als eine „Modifikation oder handelsgebräuchliche Prolongation" des ursprünglichen Verkaufsgeschäftes angesehen und demgemäss nicht als unzulässigen Erwerb. Wenn man aber auch das Deportgeschäft als eine Kombination zweier auf einem Entschluss beruhenden Geschäfte betrachtet, so muss man wohl auch das Deportgeschäft für unstatthaft erklären, da der Entschluss sowohl auf Verkauf als auf Ankauf gerichtet ist. Mag auch der Rückkauf nur erfolgen, um den früheren Zustand wieder herzustellen, auf jeden Fall liegt ein Eigentumserwerb vor, auf den das Verbot in gleicher Weise, wie bei jedem anderen Erwerb eigener Aktien zutrifft.

Fasst man auch das Deportgeschäft, ebenso wie auch das Reportgeschäft, als ein einheitliches Geschäft auf, so kann man die Bestimmung des § 139 B.G.B. analog anwenden, indem man argumentiert: ist ein Teil eines Rechtsgeschäftes nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig. Ebenso soll das Verbot das ganze Rechtsgeschäft ergreifen, wenn ein Teil desselben verboten ist.

§ 9.

Verkauf.

Die Veräusserung der eigenen Aktien ist den Aktiengesellschaften selbstverständlich erlaubt, ebenso der Verkauf im Wege einer Verkaufskommission; wenn also eine Gesellschaft die eigenen Aktien, um den Kommissionsvertrag erfüllen zu können, erst ankaufen muss, so bleibt der Verkauf doch gültig. Es würde aber gegen das Erwerbsverbot verstossen, wenn die Gesellschaft das dem Kommissionär nach § 400 H.G.B. zustehende Recht des Selbsteintritts ausüben würde. Zeigt also die mit einer Verkaufskommission betraute Gesellschaft dem Committenten den Selbsteintritt an, so ist dieser Selbsteintritt bei Vollaktien doch wirksam, einen etwa sich ergebenden Schaden müssen die Organe aus dem Erwerbsverbot tragen. Unterlässt der Kommissionär bei dem Kommissionsgeschäft zugleich mit der Anzeige von der Ausführung des Auftrags den Käufer zu benennen, so kann gemäss §§ 384, 3 und 405 H.G.B. der Committent den Kommissionär selbst als Käufer in Anspruch nehmen. Von verschiedenen Schriftstellern[1]) wird angenommen, dass in diesem Falle die Gesellschaft als Käuferin nicht haftbar gemacht werden kann, wenn sie als Kommissionär die Unterlassung begeht. Es kann aber doch dem Committenten nicht zugemutet werden, dass er über jede Beobachtung oder Verletzung einer instruktionellen Vorschrift seitens der Gesellschaft wacht.[2])

§ 10.

Der Besitz eigener Aktien.

Es hängt die Rechtmässigkeit des Besitzes nicht davon ab, ob die Gesellschaft denselben in zulässiger

1) Ring, S. 380.

2) Ebenso: Goldmann, S. 954; Pinner, S. 121; Esser, S. 78; Petersen-Pechmann, S. 172; Hergenhahn, S. 96; Lehmann, S. 84; Hirsch, S. 31; v. Mörss, S. 22.

Weise oder auf Grund eines nach § 226 verbotenen Geschäftes erworben hat. Denn da der Erwerb nicht nichtig ist, ist es auch der auf Grund desselben erworbene Besitz nicht. In dem schweizerischen Obligationenrecht Art. 628 und in der Oesterreichischen Verordnung von 1899, § 32 ist den Gesellschaften die alsbaldige Veräusserung erworbener eigener Aktien vorgeschrieben, diese alsbaldige Abstossungspflicht ist nach unserem Recht nicht geboten.

Es wird jetzt in der Literatur einstimmig bejaht, dass die eigenen Aktien in Händen der Gesellschaft bilanzfähig sind, dass sie also ihren wirtschaftlichen Wert nicht verlieren. Cosack, der bisher völlige Wertlosigkeit der eigenen Aktien und damit auch ihre Bilanzunfähigkeit annahm, hat jetzt diesen Standpunkt als unrichtig aufgegeben (Festschrift S. 9). Die eigenen Aktien, die schon, weil sie aus dem Grundkapital nicht ausscheiden, ihren Wert nicht verlieren können, sind marktfähige Ware, in deren jederzeitiger Verkaufsmöglichkeit und der wirtschaftlichen Bewertung die Bilanzfähigkeit sich rechtfertigt. Der Wert ist jederzeit durch Verkauf realisierbar. Nur für den einen Fall, der im 2. Abschnitt dieser Arbeit behandelt wird, beim Erwerbe zum Zwecke der Amortisation, verlieren die Aktien ihren Wert.

Wirtschaftlich und vermögensrechtlich besteht die Aktie für die Gesellschaft. Zwar kann die Gesellschaft nicht ihre eigene Gläubigerin bezüglich etwaiger Bauzinsen und Dividenden sein, doch kommt die Aktie hinsichtlich der Dividende als Rechnungsfaktor zur Geltung; das Dividendenrecht wird zu Gunsten der Gesellschaft ausgeübt. Die Dividenden erscheinen als eine Art Rücklage, die den Gewinn vergrössert und den Aktionären zu Gute kommt. Bei der Bilanz müssen sie also unbedingt auf der Passivseite gebucht werden, entweder als Gewinnvortrag, oder als zu den Reserven geschlagen, oder auch als irgend ein Spezialkonto.

Auch das Recht auf die Liquidationsquote muss der Gesellschaft für ihre eigenen Aktien zugebilligt werden. Der bei Ausübung des Rechts auf die Gesellschaft entfallende Teil stellt seinerseits wieder verteilbare Masse vor, der auch wieder den Aktionären zufällt, sodass die praktischen Folgen dieselben sind, ob das Recht existiert oder nicht.

Die Frage, ob die eigenen Aktien Stimmrecht gewähren, ist sehr bestritten; doch muss man das Stimmrecht in Hinsicht auf die praktischen Unzuträglichkeiten ablehnen.[1]) Der § 252 gewährt jeder Aktie Stimmrecht. Ausser den Einschränkungen, die in demselben normiert sind, stellt das Gesetz ausdrücklich Ausnahmen nicht fest. Doch ergibt das Gesetz indirekt die Unmöglichkeit der Abstimmung: Ausgeübt wird das Stimmrecht durch den Vorstand; will die Gesellschaft mit dem Vorstand ein Rechtsgeschäft abschliessen, so übernimmt das Stimmrecht der Aufsichtsrat; sollen aber, wie bei der Genehmigung der Bilanz seitens der Generalversammlung, Vorstand und Aufsichtsrat entlastet werden, so ist die Ausübung des Stimmrechts unmöglich. Es ist daraus zu folgern, dass auch die Ausübung des Stimmrechts als unzuträglich und als vom Gesetzgeber nicht gewollt anzusehen ist.

Buttermilch (S. 76) sucht nachzuweisen, dass auch auf Grund der positiven gesetzlichen Bestimmung des § 252, Abs. 3 ein Stimmrecht zu versagen sei; er nimmt als ratio legis der Bestimmung an, dass nur solche Aktionäre, die an der zu verhandelnden Sache nicht unmittelbar beteiligt sind und die infolgedessen allein in eine objektive Würdigung der Dinge eintreten können, das Stimmrecht ausüben dürfen. Da die Aktiengesellschaft

1) Ebenso: Behrend, S. 911; Pinner, S. 121; Lehmann, S. 86; Cosack, S. 18; Staub, Anm. 4 zu § 226; Schleisner, S. 34; Buttermilch, S. 75. Anderer Ansicht: Hachenburg in „Das Recht“ 1907, S. 230 und 231; Runkel-Langsdorff, S. 31; Rehm, S. 469, IV.

aber notwendig ein grosses unmittelbares Interesse an den Verhandlungsgegenständen habe, müsse sie sich für ihre eigenen Aktien der Stimme enthalten. Diese Deduktion ist aber durchaus nicht stichhaltig. Hat denn vielleicht der Aktionär nicht ein unmittelbares Interesse an den Verhandlungsgegenständen, z. B. bei der Festsetzung der Dividende oder bei Abstimmung über Regelung der Einziehung? Die Bestimmung nimmt nur dem Aktionär das Stimmrecht, der von einer Verbindlichkeit befreit werden soll oder mit dem die Aktiengesellschaft ein Rechtsgeschäft abzuschliessen gedenkt.

Dieser Fall ist aber nicht denkbar, da die Gesellschaft nicht mit sich selbst in rechtsgeschäftliche Beziehung treten kann. Lediglich aus grundsätzlichen theoretischen und wirtschaftlichen Gründen ist das Stimmrecht zu versagen. Nach dem Prinzip des Aktienrechts soll die Generalversammlung ein Kontrollorgan des Vorstandes darstellen; dies wird aber illusorisch, wenn der Vorstand für die eigenen Aktien der Gesellschaft in der Generalversammlung abstimmt, zumal wenn der krasse, doch nicht unmögliche Fall eintritt, dass über die Hälfte der Aktien in Händen der Gesellschaft ist. In diesem Falle ist die Gesellschaft in ihrem Wirken und Bestand vollständig der Kontrolle der Generalversammlung entzogen und in die Hände des Vorstandes gegeben.

Hachenburg (S. 276) führt dieses Argument zugunsten des Stimmrechts an, da bei dem hier vertretenen Standpunkt die Aktiengesellschaft in die Lage käme, von der Minderheit geleitet zu werden. Doch ist dieser Zustand doch wohl immer für die Gesellschaft noch förderlicher, als wenn sie der Willkür des Vorstandes völlig freigegeben ist.

De lege ferenda schlägt Buttermilch (S. 86) in Anlehnung an eine ähnliche Bestimmung in zahlreichen ausländischen Gesetzgebungen vor, gesetzlich jedem Interessenten oder auch der Staatsgewalt das Recht zu geben, bei Sinken der Mitgliederzahl unter eine be-

stimmte Ziffer die Auflösung der Aktiengesellschaft herbeizuführen.

Da die eigenen Aktien in den Händen der Gesellschaft nach dem hier vertretenen Standpunkte ihren Verkehrswert nicht verlieren, müssen sie als Aktiva in die Bilanz eingestellt werden. Für die Bilanz kommt die juristische Natur überhaupt nur in zweiter Linie in Betracht, in erster Linie ist für sie massgebend der wirtschaftliche Wert.[1]) Sie bilden ebenso gut vorhandenes Vermögen, wie auch Gebäude, Maschinen etc. und die Ausgabe für den Erwerb muss doch in der Bilanz mit einem entsprechenden Gegenwert auf der Aktivseite in Ausgleich kommen. Daraus ergibt sich auch, dass sie mit dem Anschaffungspreis in die Bilanz eingesetzt zwar muss der Anschaffungspreis angegeben sein, sofern werden müssen. Dies folgt auch aus § 261, Abs. 1, und der Börsenpreis ihn übersteigt.

Dieser fällt aber bei unentgeltlich erworbenen Aktien fort. Die ergänzende Vorschrift des § 261 kommt dann nicht in Betracht und die Aktien sind nach § 40 mit dem ihnen im Zeitpunkte der Bilanzaufstellung beizulegenden Werte anzusetzen.

Ob man den Reservefonds des § 262 ganz oder teilweise aus eigenen Aktien bilden kann, ist in der Literatur vielfach von verschiedenem Standpunkte aus erörtert worden.[2]) Das Gesetz bestimmt über den Reservefonds:

1. Der Reservefonds ist unter die Passiva aufzunehmen (§ 261, 5).

2. Er dient zur Deckung des sich aus der Bilanz ergebenden Verlustes (§ 262, 1).

1) Vergl. Rehm, S. 168; ferner ders. Ansicht: Lehmann-Ring, Goldmann, Staub, Thöl II, S. 38.

2) Für die Zulässigkeit Goldmann S. 955; Pinner, S. 121; Buttermilch, S. 64; Esser, S. 77; Rehm. S. 470; Ring, S. 380; Puchelt; S. 446; gegen die Zulässigkeit Kayser, S. 126; Makower, S. 484; Bauer, S. 63; Hirsch, S. 32.

3. Er wird gebildet und vergrössert aus den festgelegten Posten (§ 262, 1—3).

Er ist also ein reines Passivum, das unmöglich aus Aktiven bestehen kann, und bedeutet eine künstliche Vergrösserung der Passivseite, wodurch nur ein Aktivvermögen in seiner Höhe vor der Verteilung bewahrt wird. Eigene Aktien sind in jedem Falle Aktiva, und daher ist es unmöglich, sie in einem Passivum unterzubringen. Da auch der Reservefonds zur Deckung von Verlusten am Gesamtkapital dient, ist auch aus diesem Grunde die Einstellung in den Reservefonds unmöglich, da die eigenen Aktien auch zum Grundkapital gehören, abgesehen davon, dass sich der Reservefonds bei erheblichem Kurssturz selbst entwertet, statt nun den Zweck erfüllen zu können. Den theoretischen Erörterungen Buttermilchs (S. 65) gegenüber, die an sich begründet scheinen, kann die Tatsache nicht ausgeräumt werden, dass es wirtschaftlich eine Unmöglichkeit bedeutet, den zur Deckung etwaiger bilanzmässiger Verluste dienenden Buchposten zu fundieren aus Wertobjekten, die im selben Verhältnis zu den steigenden Verlusten ihren Wert bis zur vollen Wertlosigkeit verlieren. Würde diesen Bestimmungen zuwider die Anlegung des Reservefonds in eigenen Aktien ausgeführt, so machten sich die Organe schadenersatzpflichtig, da hierin eine Verletzung der von ihnen geforderten Sorgfalt (§§ 241, 226) liegt.

§ 11.

Die Interimsscheine.

Der Abs. 2 des § 226 bestimmt:

Eigene Interimsscheine kann die Gesellschaft im regelmässigen Geschäftsbetrieb auch in Ausführung einer Einkaufskommission weder erwerben noch zum Pfande nehmen. Das gleiche gilt von eigenen Aktien, auf welche der Nennbetrag oder, falls der Ausgabepreis höher ist, dieser noch nicht voll geleistet ist.

Aus der Fassung der Bestimmung — „kann nicht“ im Gegensatz zu Abs. 1 „soll nicht“ — geht hervor, dass die Rechtsfolge der Uebertretung des Verbots volle Nichtigkeit des Geschäfts ist; auch der Ausnahmefall der Einkaufskommission fällt bei Interimsscheinen weg. Die Motive zur Novelle von 1884, die auch schon Nichtigkeit normierte, sagen, die Bestimmung sei von Nöten, „weil die Gründer und ersten Zeichner sich ihres Einflusses auf die Gesellschaftsorgane bedienen könnten, um durch Uebertragung ihrer Promessen an die Gesellschaft von ihren Verpflichtungen gegen diese befreit zu werden“. Ferner sagt der Bericht der Kommission: „Die Aenderungen sind durch die Erwägung veranlasst, dass der Dritte in einer misslichen Lage ist, wenn er prüfen soll, ob die Gesellschaft von ihm Interimsscheine für eigene Rechnung oder in Ausführung einer Einkaufskommission kauft. Wolle man daher, woran die Kommission festhielt, den Erwerb eigener Interimsscheine mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit bedrohen, so müsse für Interimsscheine die Ausnahme betreffend die Einkaufskommission wegfallen.“

Da der Erwerb eigener Interimsscheine unbedingt verboten ist, so kann auch selbstverständlich der Commitent nicht wie bei der Kommission zum Verkauf eigener Vollaktien die Gesellschaft als Käuferin in Anspruch nehmen.

Die Rechtsfolge der Nichtigkeit des Erwerbs oder der Pfandnahme eigener Interimsscheine im regelmässigen Geschäftsbetrieb bringt es mit sich, dass die Nichtigkeit von der Gesellschaft, wie von demjenigen, der das nichtige Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, geltend gemacht werden kann. Hat die Gesellschaft wieder weiter veräussert, so kann nicht etwa der erste Contrahent die Wiederherstellung des früheren Zustandes fordern. Die Folge wäre nämlich, wenn dies der Fall wäre, dass die Gesellschaft, um die Gesetzwidrigkeit des ersten An-

kaufs zu heilen, eine neue Gesetzwidrigkeit begehen müsste, indem sie gezwungen wäre, die inzwischen weiter veräusserten Interimsscheine zurückzukaufen. Die Organe sind in diesem Falle nur für einen etwaigen Mindererlös für die Interimsscheine, im Vergleich zu dem dafür gezahlten Kaufpreis, haftbar. Dass auch jeder Aktionär die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes geltend machen kann, hat das Reichsoberhandelsgericht in einem Urteil vom 9. September 1879 (Entsch. Bd. 28, S. 311) ausgesprochen.

Ausserhalb des regelmässigen Geschäftsbetriebes ist den Gesellschaften Erwerb und Pfandnahme ebenso gestattet, wie auch bezüglich eigener Vollaktien. Es ist zwar von verschiedenen Schriftstellern behauptet worden, dass es, wenn die Schenkung erlaubt wäre, ein leichtes wäre, sich von einer weiteren Einzahlungspflicht und namentlich von der Haftung auf die ganze Einlage zu befreien, wenn man die Interimsscheine oder noch nicht voll eingezahlten Aktien, auf die vielleicht erst 25% eingezahlt sind, der Gesellschaft als Geschenk zur Verfügung stellen würde. Doch ist damit die weitere Einzahlungspflicht nicht aufgehoben, da § 221 ausdrücklich bestimmt: „Die Aktionäre können von dem im § 211 bezeichneten Leistungen (Leistung von Kapitaleinlage bis zum Nennbetrage der Aktie resp. Ausgabepreis) nicht befreit werden.“ Die Schenkung kann also nur angenommen werden, wenn der Aktionär die weitere Einzahlungspflicht übernimmt.[1])

Buttermilch (S. 41) hält den Erwerb eigener Interimsscheine nur dann für nichtig, wenn der noch einzuzahlende Betrag die Summe des bereits Eingezahlten erreicht oder übersteigt, ohne aber diesen Standpunkt zu begründen. Er verkennt völlig die Bedeutung des § 221; nach ihm behandelt § 221 nur den Fall, dass jemand als Aktionär, also unter Beibehaltung seiner Aktie von

1) So Ring. S. 382; Goldmann, Staub, Lehmann-Ring.

der Einzahlungspflicht befreit wird. Die Bedeutung des Paragraphen ist eine wesentlich andere: Der Aktionär kann von den Leistungen nicht befreit werden, und zwar in keiner Form, auch nicht in der Form der Schenkung an die Gesellschaft. Wenn er die nicht volleingezahlte Aktie an einen anderen schenkt und dadurch von der Leistung frei wird, so wird nicht der „Aktionär" befreit, es wechselt nur die für die Gesellschaft indifferente Person. Anders dagegen bei der Schenkung an die Gesellschaft, da in diesem Falle der Begriff des Aktionärs vollständig untergeht.

Hinsichtlich der übrigen Rechtsgeschäfte, die bei den Vollaktien erwähnt sind, gelten dieselben Bestimmungen, die dort erörtert sind, ebenso hinsichtlich des Besitzes eigener Interimsscheine und der Einstellung in den Reservefonds.

C. Der heutige Rechtszustand betr. die Amortisation.

§ 12.
Begriff der Amortisation.

Die Amortisation oder Einziehung von Aktien bedeutet das Ausscheiden von Mitgliedschaftsrechten. Fälschlich bezeichnet man auch die Kraftloserklärung verloren gegangener oder vernichteter Aktienurkunden mit Amortisation. Diese richtet sich nicht gegen das Aktienrecht, sondern lediglich gegen die Aktienurkunde, das Papier. Die Einziehung im Sinne dieser Abhandlung ist auch wesentlich verschieden, von der Kaduzierung, die sich lediglich gegen den Aktionär richtet. Das Aktienrecht bleibt bei dem Kaduzierungsverfahren bestehen; es erlischt nur das Anteilsrecht des betroffenen Aktionärs.

Den Begriff der Herabsetzung des Grundkapitals unterstellt das H.G.B. dem Falle der Statutenänderung.

Die Denkschrift[1]) sagt dazu: „Der Art. 248 des alten H.G.B. unterscheidet die teilweise Rückzahlung des Grundkapitals an die Aktionäre und die Herabsetzung desselben; ausserdem ist im Art. 215 d die Amortisation von Aktien aus dem Grundkapital noch besonders erwähnt. Diese Unterscheidung ist indessen nicht zutreffend; denn auch die teilweise Rückzahlung des Grundkapitals und die Amortisation aus demselben setzen eine Abänderung der Bestimmung des Gesellschaftsvertrages über die Höhe des Grundkapitals, also eine Herabsetzung desselben voraus. Die teilweise Rückzahlung und die Amortisation bezeichnen in Wahrheit nur den besonderen Zweck, zu welchem die Herabsetzung erfolgt."

Das jetzige Recht macht also eine Hauptunterscheidung von Amortisation aus dem Reingewinn und Amortisation aus dem Grundvermögen und ferner zwischen Amortisation mit und ohne Willen des betroffenen Aktionärs.

§ 13.

Die Voraussetzung der Amortisation.

Bei einer jeden Einziehung ist Voraussetzung, dass sie im Gesellschaftsvertrag angeordnet oder gestattet ist. Die „Anordnung" oder „Gestattung" kann natürlich bei der freiwilligen Amortisation vermittels Ankaufs jeder Zeit erfolgen; sie muss nicht im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag enthalten sein, da es freier Wille des betreffenden Aktionärs ist, ob er seine Aktie an die Gesellschaft verkaufen will, oder nicht. Hierbei muss die Einziehung nach den für die Herabsetzung des Grundkapitals massgebenden Vorschriften erfolgen. Es kann also die Gestattung der Amortisation nach den in den §§ 288—291 normierten Kautelen beschlossen werden.

1) Materialien, S. 77.

— Vorher ist allerdings auch eine freiwillige Amortisation nicht möglich.

Dagegen ist es die Absicht des Gesetzgebers, dass der Aktionär vor seiner Beteiligung durch die Fassung des Gesellschaftsvertrages darauf vorbereitet ist, wenn eine Zwangsamortisation mittels Auslosung, Kündigung oder in ähnlicher Weise gegeben sein soll. Diese Anordnung muss also im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag, jedenfalls vor Zeichnung der Aktien getroffen sein. Die Meinungen gehen dabei sehr auseinander, in welcher Fassung die Bestimmung gehalten sein muss. Nach der Aktiennovelle von 1884 musste die Amortisation „zugelassen" sein und das Kammergericht[1]) hat in der Frage entschieden, dass ein vollständiger Amortisationsplan festgelegt sein müsse. Dieser allzu weitgehende Standpunkt wird heute von keinem mehr vertreten. Doch ist den Schriftstellern[2]), die nur die Anordnung, dass die Amortisation gestattet ist, als ausreichend ansehen, auch nicht ganz beizustimmen. Bei der Unterscheidung des Gesetzes von freiwilliger und Zwangsamortisation ist es unumgänglich, dass auch in dem Statut die Anordnung spezialisiert wird entweder auf die eine oder die andere. Da eine Gestattung oder Anordnung ausdrücklich verlangt ist, so muss auch ausdrücklich angeordnet werden, ob die für den zeichnenden Aktionär sehr bedeutungsvolle Zwangsamortisation gestattet ist oder nur eine freiwillige. Allerdings muss man nach dem Ausdruck des Gesetzes annehmen, dass eine weitere Spezialisierung nicht vorgeschrieben ist, sie liegt auch nicht im Interesse des Gesetzgebers und ist nicht zur Erreichung des gesetzgeberischen Zweckes erforderlich. Wenn der Aktionär sich durch Zeichnung der Aktien der Zwangsamortisation unterwirft, so ist es seine Sache, ob er sich auch damit der Willkür der Verwaltungsorgane

1) Johow Bd. 5, S. 29.
2) Ring, S. 387; Oertmann, S. 58; Behrend, S. 952.

in der Ausführung unterwerfen will.[1]) Zwar spricht das Gesetz von „anordnen", d. h. ordnungsmässig klarlegen, wie die Amortisation durchgeführt werden soll, sie „ordnen", doch ist der mässigere Ausdruck „gestattet" daneben mit dem gleichstellenden „oder" gesetzt.

Da das Gesetz den Schutz der betreffenden Aktionäre bezweckt, muss als zulässig erachtet werden, dass mit ausnahmsloser Zustimmung sämtlicher Aktionäre auch nachträglich nach Ausgabe der Aktien die Zwangsamortisation in das Statut aufgenommen wird. Widerspricht dagegen auch nur ein Aktionär, so ist der Beschluss ungiltig und kann von dem widersprechenden Aktionär angefochten werden.

III. Durchführung der Amortisation.

§ 14.

Die freiwillige Amortisation.

Im Gesetz ist als einzige freiwillige Amortisation der Ankauf eigener Aktien genannt. Doch sind damit nicht alle Möglichkeiten freiwilliger Amortisation erschöpft. Die im vorigen Abschnitte erwähnten Erwerbsarten, wie Schenkung und letztwillige Verfügung, sind selbstverständlich ebenfalls gegeben, wenn die Aktien der Gesellschaft mit der Absicht und der Wirkung übergeben sind, dass das Aktienrecht untergeht. Darin unterscheidet sich der Erwerb des § 227 von dem des § 226, dass das Anteilsrecht, wie wir später sehen werden[2]), nicht bestehen bleibt, sondern durch Fusion erlischt.

Meist wird die Amortisation durch freihändigen Ankauf durchgeführt, weil dadurch der Zweck der Sanierung am leichtesten erreicht wird. Die Aktien einer notleidenden Gesellschaft werden naturgemäss unter pari

1) Andrer Ansicht: Staub, § 227, Anm. 8; Goldmann S. 227, Anm. 4; Gradwohl, S. 46.

2) Vgl. unten § 19.

stehen, wenn nun die Gesellschaft zum Unterparikurse einen Teil der Aktien ankauft und amortisiert, so erlangt sie durch den Unterschied zwischen dem Ankaufspreis und dem Nominalbetrage der Aktie einen bilanzmässigen Gewinn, den Disagio-Gewinn. Der Ankauf erfolgt auch häufig in der Praxis im Wege der Submission.[1]) Die Aktionäre werden öffentlich aufgefordert, anzugeben, wie hoch sie ihre Aktien zu verkaufen gewillt seien. Von dem Mindestfordernden werden dann die Aktien eingezogen. Die Amortisation vollzieht sich in dem Augenblick, in dem die Gesellschaft Eigentümerin der Aktie wird, beim Ankauf also, sobald die Urkunde an die Gesellschaft abgeliefert wird.

§ 15.
Die Zwangsamortisation.

Die Zwangsamortisation geschieht mittels Auslosung oder Kündigung. Am häufigsten findet die Amortisation mittels Auslosung statt, die auch dem Gerechtigkeitsgefühl am meisten entspricht und etwaige Unredlichkeiten zu Gunsten oder zu Ungunsten von einzelnen Aktionären unterbindet. In der Regel enthält das Statut, besonders bei der planmässigen Amortisation, Bestimmungen über die Einzelheiten der Ausführung und Direktiven für die Verwaltungsbeamten, in deren Händen die Amortisation liegt. Ist dies nicht der Fall, so bestimmt darüber die Generalversammlung.

Bei der Amortisation vermittels Kündigung ist vorgeschrieben, dass bestimmte Stücke innerhalb bestimmter Perioden gekündigt werden, oder es ist in das freie Ermessen der Verwaltungsorgane gestellt, alljährlich oder an bestimmten Terminen eine bestimmte Anzahl von Aktien zu kündigen. Bei allzu freier Auslegung könnte man aus dieser Bestimmung grosse Unzuträglichkeiten konstruieren. So hat man versucht, die Vorschrift, dass

1) Vergl. Leist, S. 103, 145.

nur aus den in § 219 genannten Fällen die Mitgliedschaft verwirkt werden kann, durch Anwendung des Kündigungsrechtes aus § 227 zu umgehen. Man könnte im Statut bestimmen, dass Einziehung durch Kündigung eintreten soll, wenn Aktionäre z. B. Nachschüsse nicht leisten, oder nicht im alleinigen Interesse der Gesellschaft handeln. Es würde dies eine unzulässige Auslegung sein, die durchaus dem Wesen der Aktiengesellschaft widerspricht.[1]) Die Aktiengesellschaft ist lediglich eine Kapitalsgemeinschaft, bei der die einzelnen Gesellschafter nur auf ihre Einlage beschränkt haften, und nur der Anteil, und die Einlage in Betracht kommt. Man könnte dann statutarisch die Gesellschaft als mit unbeschränkter Nachschusspflicht konstituieren gegen Androhung der Kündigung im Amortisationsverfahren, oder die Gesellschaft könnte sich solcher Aktionäre, die ihr nicht passen, und die doch nur mit ihrem Anteil in Frage kommen, mit Leichtigkeit entledigen. Die Kündigung muss also gleichmässig allen Aktionären bevorstehen. Es geht auch aus dem Wortlaut des Gesetzes selbst hervor, das als Beispiele der Zwangsamortisation benennt: „Amortisation vermittels Auslosung, Kündigung oder in ähnlicher Weise".

Dadurch, dass die Auslosung an erster und Hauptstelle erwähnt und angehängt ist „oder in ähnlicher Weise", soll ausgedrückt sein, dass auch die Kündigung unter ähnlichen Bedingungen und als ähnliche Massregel wie die Auslosung besonders unter Vermeidung der Bevorzugung einzelner Aktionäre angewandt werden soll.

§ 16.

Die Amortisation aus dem Reingewinn.

Bei der Amortisation durch Ankauf besteht die Vergütung für den Verlust des Aktienrechts natürlich in dem

1) Staub Anm 5; Behrend, S. 950; vgl. auch RGE. Bd. 49, S. 77, Gradwohl, S. 47.

Kaufpreis, bei der Zwangsamortisation wohl meist entsprechend dem Nominalwerte.[1]) Diese Vergütung darf sofern die Einziehung nicht nach den für die Herabsetzung des Grundkapitals massgebenden Vorschriften erfolgt, nur aus dem sich aus der Jahresbilanz ergebenden Gewinn entnommen werden. Wenn Simon[2]) behauptet, dass die Verfügbarkeit des Reingewinnes bedeute, dass er in liquiden Mitteln vorhanden sein müsse, so ist dem nicht beizupflichten. Der Reingewinn muss nicht in barem Geld vorhanden sein, er kann auch in Warenvorräten aus vorteilhaften Tauschgeschäften oder in sicheren Hypotheken bestehen, die Gesellschaft kann in diesem Falle Darlehn aufnehmen, um den verfügbaren Reingewinn als Dividenden oder als Vergütung für amortisierte Aktien auszuzahlen. Nicht zur Verfügung aber steht der Gewinn, der in Folge gesetzlicher Anordnung von der Verteilung ausgeschlossen ist, und zwar der Teil, der dem gesetzlichen Reservefonds zugeführt werden muss. Ist dagegen der Gewinn durch statutarische Anordnungen in seiner Verwendung gekürzt, so wenn die Statuten Rücklage des Gewinns zur Dotierung des freiwilligen Reservefonds vorsehen, so ist der Gewinn verfügbar, sobald in diesem Sinne eine Statutenänderung unter den Kautelen der §§ 274 ff. erfolgt ist.

Unter derselben Voraussetzung einer entsprechenden Statutenänderung können auch durch die Satzung vorgeschriebene Gewinnrücklagen früherer Jahre ausgeschüttet und die dadurch bilanzmässig freiwerdenden Beträge als Vergütung für die zu amortisierenden Aktien ausgezahlt werden. Es kann also zur Amortisation jeder verfügbare Gewinn verwandt werden, jeder durch die Bilanz ausgewiesene Gewinnsaldo.[3])

1) Vergl. Jacobson bei Holdheim 1903, S. 148.

2) Simon, S, 120.

3) Anderer Meinung: Goldmann, § 227, Anm. 11; Behrend, S. 953.

Die Amortisation aus dem Reingewinn umfasst auch die, für die keine Mittel aufgebracht zu werden brauchen, die also z. B. aus Schenkung bestritten wird.

Trotz der scharfen Unterscheidung, die das Gesetz zwischen Amortisation aus dem Reingewinn und aus dem Grundvermögen macht, sehen zahlreiche Schriftsteller [1]) in der Amortisation aus dem Reingewinn doch nur einen Fall der Herabsetzung des Grundkapitals und zwar einen Ausnahmefall zu den strengen Schutzvorschriften der §§ 288 ff. Staub behauptet: das Grundkapital stellt die Summe der Anteilsrechte dar, fällt ein Anteilsrecht durch Amortisation weg, so mindert sich damit die Summe, das Grundkapital. In der Bilanz muss also die Grundkapitalziffer um den Amortisationsbetrag herabgesetzt werden. Dieselbe Grundanschauung teilt auch Lehmann-Ring, der in jeder Art der Amortisation eine „besonders geordnete Art der Herabsetzung des Grundkapitals" erblickt; er lässt aber eine unmittelbare Bedeutung der Vorschriften der §§ 288 ff. auf die Amortisation nicht zu. Goldmann hält eine Minderung des Grundkapitals für gegeben, weil jede Aktie einen Teil des Grundkapitals darstelle.

Es kann aber in jeder Aktie nicht „ein Teil", eine Quote des Grundkapitals ausgedrückt sein, weil nur bei der Bildung der Aktiengesellschaft das Grundkapital regelmässig aus der Summe der Nennbeträge der Aktien besteht.

Auch als Summe der Anteilsrechte kann das Grundkapital nicht aufgefasst werden. Besteht das Grundkapital aus 100000 Mk. und zwar in 100 Aktien à 1000 Mk., so setzt sich das Grundkapital aus eben den 100000 Mk. zusammen und nicht etwa aus 100 Anteilsberechtigungen. Wenn einer der Aktionäre die Aktien-

1) Staub, § 227, Anm. 7; Lehmann-Ring, Anm. 7, § 288, Anm. 1; Goldmann, Anm. 10; Rieser, S. 192; Weyl, S. 80; Leist, S. 96.

urkunde, an die die Anteilsberechtigung geknüpft ist, vernichtet mit dem Willen, sein Recht aufzugeben, erlischt natürlich auch die Anteilsberechtigung; man kann aber in dem Falle nicht annehmen, dass auch das Aktienkapital um den Nennbetrag der einen Aktie vermindert wird. Die übrigen Aktien gewinnen nur höheren Wert. Wenn also von den 100 Aktien z. B. die Hälfte amortisiert wird, so repräsentieren die übrigen 50 Aktien zusammen doch noch den Kapitalwert von 100 000 Mk. oder jede Aktie $^1/_{50}$ des Grundkapitals. Verlangt das Gesetz oder Statut zur Fassung eines Beschlusses einen bestimmten Bruchteil des Grundkapitals, so werden die noch vorhandenen Anteile mit den ihnen zukommenden höheren Beträgen gerechnet, so in dem oben gewählten Beispiele zählt jeder der übrig gebliebenen Aktien doppelt, also statt 1000 Mk. 2000 Mk.

Man muss das Grundkapital auffassen, als eine fiktive Ziffer[1]), die die Höhe des eingelegten Kapitals anzeigt. Früher konnte man, auch wenn nur 100 000 Mark eingelegt wurden, das Grundkapital auf 200 000 Mark angeben, indem man die Aktien 50% unter pari ausgab. Heute ist kraft positiver gesetzlicher Vorschrift (§ 184) eine Unterpariemission nicht mehr gestattet; dagegen ist wohl unter der Voraussetzung, dass sie im Statut zugelassen ist, eine Ueberpariemission zulässig: die Einlage ist höher, als die Grundziffer der Beteiligung angibt, das was Grundkapital genannt wird, gibt dann nicht die Summe der Einlagen an, sondern eine Ziffer, die von den Schöpfern der Gesellschaft zur Feststellung des Beteiligungsverhältnisses gewählt wird. Das Grundkapital ist nicht etwa in Aktien zerlegt, wenn auch der § 178 von dem „in Aktien zerlegten Grundkapital“ spricht, sondern das Beteiligungsverhältnis der Gesellschafter wird in den Teilbeträgen der als Grundkapital

1) Vergl. Rehm, § 65.

bezeichneten Grundziffer zum Ausdruck gebracht. Die Aktie ist ein Wertpapier, dessen Wert nicht etwa in einer Quote des Gesellschaftsvermögens oder in dem Anteilsrecht auf die Quote ausgedrückt wird, sondern in einer bestimmten Wertziffer, die allerdings abhängt von dieser Quote. Die Grundkapitalsziffer stellt in der Bilanz nur einen Rechnungsposten dar, der anzeigt, wie viel an Gegenwerten die Gesellschaft für die Geldeinzahlungen und Sacheinlagen in Rechnung stellt. Sie steht, ohne ein Schuldposten zu sein, auf der Passivseite der Bilanz, und wenn die Aktiva über die Passiva Plus Schulden der Gesellschaft einen Ueberschuss ergeben, so ist eben ein Gewinn erzielt, der als Gewinnsaldo zur Bilanzierung der Aktiv- und Passivseite in die Passivseite eingestellt wird. Nehmen wir also an, dass eine Gesellschaft mit 100 000 Mark Aktienkapital im ersten Jahre 5000 Mk. erzielt, die bar in der Kasse der Gesellschaft liegen mögen, so lautet die erste Jahresbilanz:

Aktiva		Passiva	
Versch. Aktiven	100000 Mk.	Grundkapital	100000 Mk.
Kassenconto	5000 Mk.	Reingewinn	5000 Mk.
	105000 Mk.		105000 Mk.

Ist nun in den Statuten bestimmt, dass der Reingewinn von 5000 Mk. zur Amortisierung verwandt werden soll, so lautet die Bilanz:

Aktiva		Passiva	
Versch. Aktiven	100000 Mk.	Grundkapital	100000 Mk.
Kassenconto	5000 Mk.	Amortisations-Conto	5000 Mk.
	105000 Mk.		105000 Mk.

Wird jetzt das Kassenconto verwandt zur Auszahlung der Vergütung für amortisierte Aktien, so lautet die Bilanz wieder:

Aktiva		Passiva	
Versch. Aktiven	100000 Mk.	Grundkapital	100000 Mk.
	100000 Mk.		100000 Mk.

Würde man dagegen von dem Standpunkte ausgehen, dass die Amortisation eine Herabsetzung des Grundkapitals bedeutet, so muss die Verminderung des Grundkapitals auch in der Bilanz als solche angegeben werden. Es würde sich der Ueberschuss der Aktivseite über die Passivseite stetig erhöhen, aber nicht vermindern, bis schliesslich die Grundkapitalziffer auf 0 angelangt ist. Die Bilanz müsste nach dem ersten Jahre und erfolgter Amortisation lauten:

Aktiva		Passiva	
Versch. Aktiven	100000 Mk.	Grundkapital	95000 Mk.
		Reservefonds geb. a. amortisierten Aktien	5000 Mk.
	100000 Mk.		100000 Mk.

Es muss in diesem Falle ein fiktiver Posten entsprechend dem Nennbetrag der amortisierten Aktien zur Bilanzierung in die Passivseite eingestellt werden. Es ist dies aber eine Massregel, die nicht gesetzlich geboten ist, die vielleicht dem Gebot wirtschaftlicher Klugheit entspricht, aber nicht durch Gesetzesvorschrift zu erzwingen ist. Es ist auch nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber einen Fall zulassen wollte, dass die Ziffer in der Bilanz gleich 0 wird, nach der auch z. B. der gesetzlich erforderliche Reservefonds berechnet wird. Wenn das Gesetz diesen Fall nicht ausdrücklich vorsieht, so muss er wegen seiner Unzuträglichkeiten abgelehnt werden.

Es muss damit als erwiesen angesehen werden, dass wenigstens aus dem wirtschaftlichen Verkehr, aus den Buchungserscheinungen, die Amortisation aus dem Rein-

gewinn keine wirtschaftliche Verringerung des Grundkapitals bedeutet, wenigstens des Grundkapitals, das als feste Abrechnungsziffer auf der Passivseite der Bilanz figuriert.

Auch schon aus der Stellung, den der § 227 im System des Aktienrechtes einnimmt, muss angenommen werden, dass ihm eine, wenn auch verdeckte Bestimmung über Herabsetzung des Grundkapitals fernliegt. In der Aktiennovelle von 1884 ist die Bestimmung über die Amortisation als Nachsatz gestellt zu den Normen, nach denen die Beobachtung der Kautelen für Herabsetzung des Grundkapitals erfolgen muss, und dadurch als Ausnahmefall dazu charakterisiert. Der § 227 steht unter dem Abschnitte „Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter". Der Abschnitt befasst sich nur mit den Rechtsbeziehungen der Gesellschaft nach innen, er enthält nur Vorschriften, die das Wesen der Aktiengesellschaft bestimmen, Rechte und Pflichten der Anteilsberechtigten, aber keine Normen über Beziehung oder Sicherung der Gläubiger der Gesellschaft. Die Schutzvorschriften der §§ 288 ff. regeln einzig und allein die Herabsetzung des Grundkapitals, und eine solche ist nur unter den dort normierten Kautelen zulässig, also nicht nach einer Vorschrift, die nicht als Ausnahmevorschrift aufzufassen ist, und die bei dieser Auffassung zur Folge hätte, dass das gesamte Grundkapital ohne jedwede Berücksichtigung der Gläubiger an die Aktionäre vor und nach verteilt würde.

Wenn auch bei Verminderung des Grundkapitals zur Sicherung der Gläubiger noch hinreichende Aktiva vorhanden sind, so würde darin keine Aenderung eintreten, wenn die Gesellschaft es überhaupt unterlassen würde, die Grundkapitalsziffer als Passivposten in die Bilanz einzustellen. Ein Reingewinn würde sich dann ergeben, sobald die Aktiven den Gesamtbetrag der Forderungen der Gläubiger überstiege. Das Prinzip der

Beständigkeit des Grundkapitals, dieses als Passivum in die Bilanz einzusetzen, wäre völlig überflüssig.

Mit dem Prinzip des festen Grundkapitals, dass die Gesellschaft, solange das ganze Grundkapital nicht voll gezeichnet ist, nicht entstanden ist, ist als Hauptgrundsatz von selbst mitgegeben das Prinzip der Beständigkeit des Grundkapitals, d. h. der einmal bestimmte Betrag des Grundkapitals kann nicht beliebig geändert werden. Es erheischen dies vereint Gläubiger- und Aktionärinteresse. Bei der Herabsetzung des Grundkapitals werden die Gläubiger in Mitleidenschaft gezogen, weil ihre Sicherheit verringert wird. Es muss in Erwägung gezogen werden, dass bei Realisierung der Aktiva meist ein dem Posten in der Bilanz nicht entsprechender Erlös erzielt wird. Es sind aber Fälle vorzusehen, in denen die wirtschaftliche Lage es dringend verlangt, dass das Grundkapital herabgesetzt werde; so z. B. wenn sich herausstellt, dass die Grösse des zu den Gesellschaftszwecken erforderlichen Fonds überschätzt wurde, dass die Gesellschaft also in Wahrheit eines geringeren Kapitals bedürftig ist, als die Gründer annahmen.

Der Gesetzgeber hat auch demgemäss eine Herabsetzung zugelassen, aber unter den strengen Kautelen der §§ 288 ff. und erst, nachdem die Gläubiger dreimal aufgefordert sind unter Hinweis auf den Herabsetzungsbeschluss, ihre Ansprüche anzumelden, und für diese Forderungen Befriedigung gewährt oder Sicherheit geleistet ist (§ 289, Abs. 2 und 3). Es wird aber doch niemand sagen können, dass eine Gesellschaft, die aus dem bilanzmässigen Reingewinn ihre Aktien amortisiert, in Gemässheit ihrer wirtschaftlichen Lage dringend gezwungen ist, ihr Grundkapital zu mindern.

Ich komme also zu dem Ergebnis, dass die Amortisation aus dem bilanzmässigen Reingewinn keine Art der Herabsetzung des Grundkapitals bedeutet.

Es ist dabei selbstverständlich nicht ausgeschlossen, dass die Gesellschaft gleichzeitig mit der Amortisation eine Herabsetzung des Grundkapitals vornimmt.

Beide Akte stehen dann als selbständige nebeneinander. Die Aenderung des Grundkapitals bestimmt sich in dem Falle nach den Vorschriften der §§ 288 ff. Die Einziehung aus dem Reingewinn bewirkt wohl eine Minderung der Summe der Anteilsrechte, aber die Summe ist nicht identisch mit dem Begriff des Grundkapitals. [1])

§ 17.

Die Amortisation aus dem Grundvermögen.

Man muss eine strenge Scheidung machen zwischen dem Grundkapital und dem Grundvermögen. [2]) Das Grundkapital ist, wie oben dargelegt, eine nur gedachte, das Gesellschaftsvermögen dagegen eine reelle Grösse. Durch das Grundkapital wird, ähnlich wie durch den gesetzlichen Reservefonds, ein Teil der Aktiven in seiner Höhe gebunden. Die Amortisation aus dem Gesellschaftsvermögen hat zur Folge eine Veränderung der Grundkapitalziffer auf der Passivseite der Bilanz. Doch bedeutet darum die Einziehung nicht eine Minderung des Grundkapitals, da bei der Amortisation Vermögenswerte der Gesellschaft, also Aktiva, als Vergütung für die amortisierten Aktien gegeben werden; diese Vermögensstücke können aber nicht aus den Passiven entnommen werden, folglich kann man auch nicht aus dem Passivposten amortisieren. Man muss also wohl unterscheiden, zwischen der Amortisation aus dem Gesellschaftsvermögen und der

1) Es vertreten denselben Standpunkt im Ergebnis: Cosack, S. 673; Loewenfeld, S. 487; Lehmann II, S. 140; Makower, § 227 l, 2.; Pinner, § 227 IV; Oertmann, S. 60; Klemperer, S. 5

2) Es gebrauchen u. a. den unzutreffenden Ausdruck „A. aus dem Grundkapital“: Esser, S. 78, 2; Pinner, S. 123; Goldmann, S. 956; Vorbem. Rehm, S. 423; Hergenhahn, S. 236.

Herabsetzung des Grundkapitals gemäss §§ 288 ff.; auch weist die abgesonderte Stellung der Bestimmung im Handelsgesetzbuche darauf hin.

Die Ansichten über die Bedeutung des § 227 Abs. 2 gehen nun sehr weit auseinander; mit Recht sagt Riesser (S. 9): Man müsse den Paragraphen dreimal genau lesen, um ihn dann vielleicht noch misszuverstehen. Gerade der Absatz 2 ist in seiner Fassung so unglücklich gewählt, dass fast jeder Kommentator eine eigene Ansicht daraus entwickelt. De lege ferenda schlägt Makower[1]) für die Bestimmung folgende Fassung vor: „Die Gewährung eines Entgelts für eingezogene Anteilsrechte darf, sofern die Einziehung nicht in Ausführung einer Herabsetzung des Grundkapitals stattfindet, nur nach dem aus der jährlichen Bilanz verfügbaren Gewinn erfolgen."

Am meisten wird die Frage umstritten, ob der Absatz eine besondere Regelung der Amortisation aus dem Grundvermögen unter sinngemässer Anwendung der §§ 288 ff. bedeuten soll, weil eben diese Einziehung eine Herabsetzung des Grundkapitals zur Folge hat, oder ob er nur so aufzufassen ist: Jede Einziehung darf nur aus dem Reingewinn erfolgen; Ausnahme: Die Amortisation, die nach den Vorschriften über Herabsetzung des Grundkapitals möglich ist. Im letzteren Falle enthält der Absatz nur den selbstverständlichen Vorbehalt, dass eine Amortisation aus dem Grundvermögen nach den Vorschriften über Herabsetzung des Grundkapitals möglich ist.

Die meisten Schriftsteller[2]) haben sich dahin erklärt, dass der Absatz mehr als den naturgemässen Vorbehalt enthalten soll, dass er für die Amortisation selbstständige Bedeutung haben soll. Der § 227 gestattet

1) Makower, § 227, II, b 2,

2) Staub, § 227, Anm. 14; Goldmann, § 227, Anm. 14; Lehmann-Ring, § 227, Anm. 6, § 288, Anm. 1; Rehm, § 125

eine nach seinen Vorschriften erfolgende Einziehung unter der Voraussetzung, dass die Bestimmungen über die Herabsetzung des Grundkapitals nicht verletzt werden.

Man muss von dem Schutzsystem der betreffenden Vorschriften ausgehen. Da durch eine Verminderung des Grundvermögens die Interessen der Gläubiger stark gefährdet werden können, so sind in den §§ 288 ff. die verschiedensten Bestimmungen aufgestellt, die den Gläubigern völlige Sicherheit gewährleisten. Wenn also die Aktionäre in ihrer Generalversammlung mit der vorgeschriebenen Mehrheit beschliessen, das Grundkapital herabzusetzen, und die hierbei vorgeschriebenen Sicherungsmassregeln für die Gläubiger erfüllen, so besteht der Beschluss zu Recht, da weder die Gläubiger gefährdet sind in ihrer Sicherheit, noch die Aktionäre, die gleichmässig betroffen werden. Da aber bei der Einziehung nur einzelne Aktionäre betroffen werden, die ihr Aktienrecht gegen Auszahlung ihres Anteils aufgeben müssen, so erfordert das Interesse der Aktionäre mehr als die Kautelen der §§ 288 ff., die hauptsächlich die Gläubiger sichern, es erfordert ausserdem die Beobachtung der Bestimmungen des § 227.

Diesen Standpunkt ergibt auch eine extensive Auslegung des Absatzes.[1]) Die Bestimmung erfordert eine freiere Auslegung, weil schon der Hauptsatz bei streng wörtlicher Interpretation eine Unmöglichkeit ergibt. Die „Einziehung" kann niemals „aus dem Reingewinn" erfolgen, sondern die Entnahme einer Vergütung für die von der Einziehung Betroffenen erfolgt aus dem Gewinn. Da nun eine wörtliche Interpretation des Nebensatzes in dem Sinne, dass er nur eine Angabe der Ausnahme zu den §§ 288 ff. bedeutet, einen Verstoss gegen das oben erwähnte Schutzsystem ergeben würde, so ist hier eine freie Auslegung unumgänglich als geboten anzusehen. Der hier vertretene Standpunkt wird auch am besten der

1) Vergl. Makower, § 227, II, 8.

Systematik des Gesetzes gerecht. Der § 227 Abs. 2 regelt ausschliesslich die Einziehung aus dem Reingewinn unter dem Gesamttitel „Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter", weil das Institut der Einziehung die Interessen der Gläubiger in keiner Weise berührt. Die Einziehung aus dem Grundvermögen regelt sich in der Hauptsache nach den Vorschriften über die Herabsetzung des Grundkapitals unter den dort normierten Kautelen für die Gläubiger. Der § 227 enthält nun den Hinweis auf die für die Einziehung aus dem Grundvermögen geltenden Bestimmungen der §§ 288 ff., aber mit dem Vorbehalt, dass die dort ermöglichte Amortisation erst zulässig ist, wenn auch das Interesse des Aktionärs durch Beobachtung der Kautelen des § 227 gewährt ist.

Der § 288 sagt: Eine Herabsetzung des Grundkapitals „kann nur" auf Grund eines besonders qualifizierten Herabsetzungsbeschlusses erfolgen; eine jede Herabsetzung, also auch die im Wege der Amortisation. Wenn Rehm[1]) und mit ihm noch einige Schriftsteller die Behauptung aufstellen, dass für die Einziehung aus dem Grundvermögen lediglich ein Einziehungsbeschluss mit der besonderen Qualifikation des § 288 erforderlich ist, und für die statutarisch angeordnete Amortisation nicht einmal ein solcher Einziehungsbeschluss notwendig ist, so verkennen sie das Verhältnis, in dem die Einziehung zur Herabsetzung des Grundkapitals steht. Sie lassen die Herabsetzung als Folge des Einziehungsbeschlusses eintreten. Die Unrichtigkeit dieser Annahme ergibt sich aber aus der Auslegung des Begriffs Herabsetzung des Grundkapitals. Wie schon oben dargelegt, bedeutet in diesem Zusammenhang Grundkapital nur Grundkapitalsziffer. Unter der Herabsetzung des Grundkapitals ist die Herabsetzung der Grundkapitalsziffer, nicht etwa Verringerung der Aktivwerte der Gesellschaft

1) Rehm, § 125.

zu begreifen.[1]) Man kann nur eine Zahl „herabsetzen", nicht einen Inbegriff von Vermögensstücken. Eine Herabsetzung liegt vor, ohne dass eine Verringerung der Aktivwerte vorgenommen wird, z. B. bei Herabsetzung zum Zwecke der Beseitigung einer Unterbilanz. Bei dieser Auffassung ergibt sich ohne weiteres, dass die Einziehung nur einer der verschiedenen „Zwecke" der Herabsetzung der Kapitalziffer ist. Auch der Abs. 2 des § 288 bestimmt, dass der „Zweck" der Herabsetzung durch den Beschluss festgesetzt werde. Es gibt also nicht etwa verschiedene Arten einer Herabsetzung, etwa die Herabsetzung im Wege der Einziehung und die Herabsetzung im Wege gleichmässiger Rückzahlung von Einlagebeträgen an die Aktionäre, sondern es gibt nur verschiedene Zwecke, welche durch die Herabsetzung erreicht werden sollen. Es ist also der Zweck der Herabsetzung, dass die Aktivwerte, die durch Herabsetzung des Passivpostens „Grundkapital" frei geworden sind, z. B. zum freihändigen Erwerb eigener Aktien verwandt werden, oder gleichmässig an die Aktionäre zurückgezahlt werden. Die Herabsetzung der Grundkapitalziffer ist also die Voraussetzung der Einziehung aus dem Grundvermögen, letztere nur der Zweck.[2]) Es ist also unbedingt anzunehmen, dass in dem Falle, dass statutarisch eine Amortisation vorgesehen ist, auch bei Anordnung einer Amortisation zunächst die Voraussetzung erfüllt wird, dass also ein qualifizierter Beschluss der Generalversammlung erfordert wird.

---

1) Ebenso Staub, § 288, Anm. 8; Lehmann-Ring, Anm. 7.

2) Im Prinzip stimmen mit dem hier vertretenen Standpunkt überein Esser § 288, 1; Cosack, S. 671; Lehmann II, S. 617; Pinner, § 227, IV; Behrend, S. 48; Makower, § 227 II, 2.

§ 18.

Fortsetzung.

Die praktische Durchführung der Amortisation.

Das Verfahren bei der Einziehung aus dem Grundvermögen gestaltet sich nach dem hier vertretenen Standpunkte folgendermassen:

I. Es muss in einem solchen Falle also ein Beschluss der Generalversammlung auf Amortisation mit einer Mehrheit von mindestens $^3/_4$ des vertretenen Grundkapitals gefasst werden (§ 288 Abs. 1), durch das Statut können noch besondere Erfordernisse, wie etwa Einstimmigkeit, festgesetzt werden. Wenn also das Statut für Statutenänderungen an sich höhere Erfordernisse aufstellt, so sind dieselben höheren Erfordernisse auch für den Herabsetzungsbeschluss gegeben. Eine Minderung der Erfordernisse kann durch das Statut nicht festgestellt werden.

Es muss auch die Generalversammlung selbst beschliessen, sie ist nicht etwa befugt, die Entschliessung betreffs der einen oder der anderen Massnahme einem sonstigen Gesellschaftsorgane zu übertragen.

Der Beschluss muss inhaltlich ein dreifaches ergeben (§ 288 Abs. 2):

a) Zunächst muss er angeben, dass das Kapital herabgesetzt werden soll und um welchen Betrag. Sind im Statut schon bei der Bestimmung über die Einziehung die Beträge oder die Zeitpunkte festgesetzt, in welchen die Herabsetzung zum Zwecke der Einziehung erfolgen soll, so braucht der Beschluss eine besondere Bestimmung darüber nicht zu enthalten. Ist die bestimmte Festsetzung des Betrages nicht möglich, z. B. wenn die Einziehung im Wege des Einkaufes geschehen soll, und noch nicht zu übersehen ist, wieviel Aktien zum Kauf angeboten werden, so muss aus praktischen Gründen für zulässig erachtet werden, dass die Herabsetzung bis zu einem

Höchstbetrage beschlossen wird und die besondere Ausführung unter fester Bestimmung einer zeitlichen Begrenzung den Organen überlassen wird.[1]) Der Beschluss gilt dann als auf den Betrag gefasst, der sich nach Ablauf der gesetzlichen Frist zufolge der Ausführung des Beschlusses ergibt. Dem stehen allerdings in der Theorie[2]) nicht unbedeutende Bedenken entgegen. Die Kapitalsherabsetzung bedeutet eine Statutenänderung, über die nur die Generalversammlung beschliessen kann, betreffs deren also eine Beschlussfassung anderen Gesellschaftsorganen nicht übertragen werden kann; aber diese Theorie ist in der Praxis nicht ausführbar.

b) Es muss ferner der Zweck der Herabsetzung in dem Beschlusse angegeben sein; die Bestimmung muss also ausdrücklich enthalten sein, dass die Herabsetzung des Grundkapitals den Zweck haben soll, die Einziehung von Aktien aus dem Grundvermögen zu ermöglichen.

c) Ausserdem muss die Ausführungsweise der Einziehung festgesetzt werden, insbesondere also, ob die Amortisation durch freihändigen Ankauf oder durch Kündigung bezw. Auslosung durchgeführt werden soll.

II. Eine weitere Spezialisierung der Einzelheiten der Ausführung kann wohl bestimmt werden, ist aber nicht erforderlich.

§ 288 Abs. 3.) Bei mehreren Aktiengattungen muss ausser dem Gesamtbeschlusse der Aktionäre noch jede Gattung abgesondert zustimmen, auch wenn die Aktionäre der einen Gattung nicht betroffen werden.

Nachdem der Beschluss von sämtlichen Mitgliedern des Vorstandes zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet ist, erlässt der Vorstand durch dreimalige Veröffentlichung in den Gesellschaftsblättern unter Hin-

---

1) Anderer Ansicht Staub, § 278, Anm. 9, Makower § 278, III.
2) Holtheim, 1897, S. 129; Simon, § 211.

weis auf den Herabsetzungsbeschluss an die Gläubiger der Gesellschaft die Aufforderung, ihre Ansprüche anzumelden; bekannte Gläubiger sind durch besondere Mitteilung zur Anmeldung aufzufordern. Nachdem die sich meldenden Gläubiger befriedigt oder sichergestellt sind, und nach Ablauf des Sperrjahres dürfen Zahlungen an die Aktionäre als Entgelt für die amortisierten Aktien vorgenommen werden (§ 289), wenn auch die Durchführung der Amortisation, oder die Tätigung der Kaufverträge sogleich mit der dritten Aufforderung beginnen darf.

III. Die erfolgte Herabsetzung des Grundkapitals ist von sämtlichen Mitgliedern des Vorstandes zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die Herabsetzung der Grundkapitalziffer ist aber „erfolgt", sobald der Beschluss darüber wirksam wird, also sobald er eingetragen ist. Man muss also hier die Herabsetzung zum Zwecke der Amortisation als erfolgt ansehen, wenn die Amortisation durchgeführt ist, wenn also die erforderliche Anzahl Aktien rechtlich vernichtet ist. Wann dieser Zeitpunkt anzusetzen ist, ist streitig, es wird weiter unten darüber zu sprechen sein.

§ 19.

Wirkungen der Amortisation.

Durch die vollzogene Amortisation ist das Mitgliedschaftsrecht rechtlich vernichtet. Ueber den Zeitpunkt, in welchem der rechtliche Untergang der Aktie eintritt, sagt uns das Gesetz nichts, die Ansichten darüber sind sehr geteilt. Wenn Reisch[1]) ausser dem Erwerb der Aktie durch die Gesellschaft die Vernichtung des Papieres erfordert, um das Aktienrecht zum Untergang zu

1) In Grünhuts Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart. Bd. 28, S. 730.

bringen, so kann er für dies Erfordernis doch keinen Beleg aus dem Gesetze beibringen, wenn auch eine derartige Bestimmung im Interesse der Sicherheit des Verkehrs wünschenswert wäre. So findet sich diese Vorschrift in den Gesetzgebungen Oesterreichs und der Schweiz. Andererseits kann auch der Ansicht nicht beigetreten werden, dass die Aktienurkunde schon im Zeitpunkte des Kaufabschlusses, der Auslosung, Kündigung oder des Fristablaufes bei letzterer ihre Rechtskraft verliert.[1]) Bezüglich der zwangsweisen Amortisation wird von den meisten Schriftstellern[2]) der Standpunkt vertreten, dass der Akt der Auslosung oder Kündigung die Nichtigkeit der Aktie ipso iure zur Folge hat, auch wenn die Urkunde nicht in den Besitz der Gesellschaft gelangt. Hinsichtlich der freiwilligen Amortisation geben sie auch schon die früher erwähnte Wirkung zu, dass die Vernichtung des Aktienrechts eintritt, in dem Zeitpunkte, in dem die Gesellschaft Eigentümerin der erworbenen Aktien wird.

Da das Gesetz keinerlei Bestimmungen enthält, so muss aus der Systematik des Gesetzes der mutmassliche Wille des Gesetzgebers gefolgert werden.

Die Zwangsamortisation ist gleichzeitig zusammenhängend mit der freiwilligen Amortisation im Anschluss an die Bestimmungen über den Erwerb eigener Aktien als einer der Ausnahmefälle des Erwerbsverbotes behandelt. Der Gesetzgeber will den Zustand als dem Wesen der Aktiengesellschaft widerstrebend nur in dringenden Ausnahmefällen zugelassen wissen, dass die Gesellschaft ihr eigener Aktionär wird. Gelangt also durch

---

1) Goldmann, § 227, Anm. 8, 1.

2) Staub, § 227, Anm. 3; Lehmann-Ring, § 227, Anm. 2; Lehmann II, S. 140; Simon, S. 216; Rehm, S. 434, Anm. 6; Runkel-Langsdorff, S. 84; Jakoby, S. 14; Gradwohl, S. 47.

Ankauf zum Zwecke der Amortisation die Gesellschaft in den Besitz der Aktien, so soll das Aktienrecht in dem Augenblicke untergehen, in dem die Gesellschaft ihr eigener Aktionär wird. Weshalb sollte bei der im selben Absatz geregelten Zwangsamortisation die Vernichtung schon in einem früheren Zeitpunkte eintreten, und zwar schon, wenn die Gesellschaft erst den obligatorischen Anspruch auf Herausgabe der Aktien hat?

Sobald die Person des Aktienberechtigten mit der des Aktienverpflichteten tatsächlich zusammenfällt, geht das Recht unter, nicht in dem Zeitpunkte, in dem die Obligation des Zusammenfallens begründet wird.

Wenn der Eigentümer der amortisierten Aktie die Herausgabe der Urkunde verweigert, so ist der Gesellschaft auf Grund des obligatorischen Anspruchs der Klageweg gegeben. Eine analoge Anwendung der Kraftloserklärung des § 290 H.G.B. ist nicht statthaft, denn § 290 ist nur für den Fall der Herabsetzung des Grundkapitals zum Zwecke der Zusammenlegung statuiert, da der letzte Absatz des Paragraphen Bestimmungen über die an Stelle der für kraftlos erklärten Aktien auszugebenden neuen Aktien enthält. De lege ferenda schlägt Behrend[1]) vor, die Vorschriften über die Kraftloserklärung des § 230 H.G.B. auf den Fall der Amortisation von Aktien auszudehnen.

Da die amortisierte Aktie in den Händen der Gesellschaft ihren Wert verliert, kann sie selbstverständlich nicht in die Bilanz eingesetzt werden. Ebenso wenig kann sie in ihrem Recht wieder aufleben, wenn das Papier an sich auch umgestempelt als Genusschein oder bei Ausgabe neuer Aktien als Aktienurkunde wieder ausgegeben werden kann. Dadurch lebt das alte Aktienrecht nicht wieder auf, das alte Papier wird in dem Falle nur,

1) Behrend, S. 958.

um Druckkosten zu sparen, zum Träger des neuen Rechts und unterliegt natürlich der Stempelpflicht in gleicher Weise, als wenn eine neue Urkunde ausgegeben würde. Die eingezogenen Aktien unterscheiden sich demnach von den nach § 226 erworbenen Aktien darin, dass die amortisierten Aktien nicht freihändig verkauft werden können und dass im Gegensatz zu ihnen die „erworbenen" Aktien als Aktiva in die Bilanz eingesetzt werden müssen. Die Unhaltbarkeit der Ansicht C o s a c k s, der eine Wiederausgabe der amortisierten Aktien und damit ein Wiederaufleben des Aktienrechts annimmt, geht aus folgendem Beispiele hervor: Eine Gesellschaft hat für 10 000 Mark eigene Aktien amortisiert und in Verwahr; da der Vorstand sie nach C o s a c k s Ansicht beliebig wieder zum Verkauf stellen kann, so können dieselben Aktien unendlich oft zum Zwecke der Amortisation von der Gesellschaft abgekauft werden. Denn warum sollte die Gesellschaft zum Beispiel bei einer Aufforderung zur Preisangabe der Aktien nicht ihre eigenen Aktien als verkäuflich angeben und anbieten, wenn sie verkäuflich sind? Es muss also angenommen werden, dass die Aktien ihre Rechtsgültigkeit verlieren, und mit ihnen auch die noch nicht fällig gewordenen Dividendenscheine. Der Erwerber amortisierter Aktien hat, auch wenn er im guten Glauben war, nicht etwa einen Anspruch auf den Schutz des § 366 H.G.B. oder des § 932 B.G.B., da diese Vorschriften auf unbedingt ungültige Urkunden keine Anwendung finden. Die Gesellschaft haftet dem Erwerber, wenn er gutgläubig ist, nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen für den entstandenen Schaden. Wenn also der Verkäufer an die Gesellschaft das Eigentum durch Constitutum possessorium übertragen hat, und die Aktien nun an einen Dritten weiter verkauft hat, so ergibt sich eine Haftung für die Gesellschaft hieraus nicht, da auf Seiten der Gesellschaft keine uner-

laubte Handlung vorliegt, § 823 B.G.B. in diesem Falle also nicht zutrifft.[1])

Mit der erfolgten Einziehung der sämtlichen Aktien hören die sämtlichen Mitgliedschaftsrechte auf zu bestehen, und damit endigt auch eo ipso die Aktiengesellschaft. Auch wenn alle Aktien bis auf eine einzige amortisiert sind, muss die Gesellschaft als untergegangen angesehen werden, weil kein in mehrere Anteile zerlegtes Grundkapital mehr vorhanden ist. Enthält das Statut für den Fall keine Bestimmung darüber, an wen das Vermögen der durch Amortisation untergegangenen Gesellschaft fallen soll, so muss in Anwendung der Vorschrift des § 45 Abs. 3 B.G.B. das Vermögen dem Fiskus des Bundesstaates, in dessen Gebiet die Gesellschaft ihren Sitz hatte, anfallen, da „anfallsberechtigte Mitglieder" nicht mehr vorhanden sind. Eine Liquidation kann auch nicht stattfinden, weil keine Generalversammlung mehr vorhanden ist.

§ 19.

Der Genusschein.

An Stelle der amortisierten Aktien werden häufig sogenannte Genusscheine ausgegeben. Unter diesen Genusscheinen im wirklichen Sinne sind nicht die Urkunden zu verstehen, die den Aktionären über bestimmte Quoten des Gewinnes bei bestehenbleibendem Aktionärrecht gegeben werden, ebenso wenig wie die Urkunde, die einem Dritten einen Anteil am Reingewinn verbrieft. Genussscheine bedeuten nur die an Stelle der eingezogenen Aktien ausgegebenen Scheine, die Beteiligung am Gewinn und meist auch an dem Liquidationserlös zusichern.

Bei der freiwilligen Amortisation gibt der Aktionär mit seinem Willen sein Anteilsrecht auf, es liegt also nicht

---

1) Vergl. Staub, § 227, Anm. 6.

im Interesse der Gesellschaft, ihn ferner an den Vorteilen der Gesellschaft teilnehmen zu lassen.

Dagegen verliert bei der Zwangsamortisation der gekündigte oder ausgeloste Aktionär gegen seinen Willen das Anteilsrecht. Vielleicht erzielt die Gesellschaft erst nach der Amortisation einen Gewinn, weil vor der Einziehung aus dem Grundvermögen das Grundkapital zu hoch war, um gewinnbringend völlig ausgenutzt zu werden. Es ist auch denkbar, dass die Gesellschaft nach den ersten Jahren der Einführungen und des Entstehens erst einen nennenswerten Gewinn erzielt, von dessen Teilnahme der inzwischen von der Amortisation aus dem Reingewinn betroffene Aktionäre ausgeschlossen ist. Der Fall kann aber auch so liegen, dass der Aktionär durch sein Ausscheiden im Wege der Amortisation sein Einlage-Kapital rettet oder durch den Ankauf der unter pari stehenden Aktien seitens der Gesellschaft zu dem Nennwerte einen kleinen Gewinn erzielt. Umgekehrt wird der Aktionär, wenn die Aktien über pari stehen, den Agiogewinn verlieren. Im allgemeinen ist anzunehmen, dass der amortisierte Aktionär schlechter gestellt ist, da bei der schlechtfundierten Gesellschaft, bei der er einem grösseren Verlust durch die Amortisation entgeht, er jederzeit seinen Anteil mit einem verhältnismässig geringeren Verlust weiter verkaufen kann. Bei einer jeden Amortisation aus dem Reingewinn ist anzunehmen, dass schon durch den bilanzmässig erübrigten Gewinn die Aktien über pari stehen, sodass in diesem Falle der ausgeloste immer den Agio-Verlust hat.

Es ist deshalb in der Praxis heute wohl in den meisten Statuten, die eine Amortisation anordnen, vorgesehen, dass den amortisierten Aktionären ausser dem Nennbetrage der Aktien Genussscheine ausgehändigt werden, durch welche deren Inhaber weiterhin mit dem Unternehmen verknüpft sind, insofern dass ihnen unter

gewissen Umständen die darin verbrieften Vorteile zufallen, sie aber an dem Verlust keinesfalls mehr teil haben.

Das Privatrecht kennt das Institut des Genussscheins als solches nicht, während das öffentliche Recht ihn als Wertpapier anerkennt und demgemäss im Reichsstempelgesetz vom 27. Mai 1894 der Stempelpflicht unterwirft.

Die rechtliche Natur der Genusscheine ist nicht ganz sicher zu bestimmen. Nach den Rechten, mit denen sie in den verschiedenen Statuten bedacht sind, unterscheidet Ortmann (S. 65) drei Gruppen, nämlich:

1) Genusscheine, welche bestimmte einzelne Rechte gewähren, die sonst nur Aktionären zustehen, so ein Recht auf Anteil an der Dividende, an der Liquidationsquote, oder nur einzelne dieser Rechte.
2) Genusscheine, die nach Amortisation sämtlicher Aktien dieselben Rechte wie die ursprünglichen Aktien gewähren.
3) Genusscheine, die überhaupt keinerlei Aktionärrechte gewähren.

Es ist streitig, ob bei allen 3 Gruppen die Genussscheine Träger des Aktionärrechts oder ob sie nur Träger von Gläubigerrechten darstellen.

Bei der Amortisation aus dem Grundvermögen ist es unstreitig anzunehmen, dass der Genusschein nur eine Verbriefung eines Gläubigerrechts bildet, da die Vernichtung des Aktienrechts auch in der Abschreibung der Grundkapitalsziffer hervortritt und durch die Streichung das Recht des Genussscheininhabers nicht an seine Stelle treten kann. Hinsichtlich der Genusscheine an Stelle der aus dem Reingewinn amortisierten Aktien hat man sich in der Literatur[1]) darüber zum Teil dahin ent-

1) Ausführlich ausgeführt bei Ortmann, S. 45 ff.

schieden, dass sie schlechthin für Aktien gelten sollten, zum Teil dahin, dass gar kein Aktionärrecht zuzuerkennen ist, weil durch die Rückzahlung der Einlage die Beteiligung am Grundkapital fortgefallen sei; zum weitaus grössten Teil aber hat man sich dahin erklärt, dass der einzelne Fall entscheiden müsse, ob der Genusschein Träger von Aktienrechten oder von Gläubigerrechten sei. Die letzteren gehen dabei entweder von dem Standpunkt aus, der Genusschein ist seinem Wesen nach eine Aktie [1]) oder er ist eine Verbriefung des Gläubigerrechts. [2])

Es ist aber meines Erachtens unrichtig, für alle Fälle dem Genusschein den Charakter als Aktie oder Schuldpapier zuzusprechen. Es muss dies auch der einzelne Fall entscheiden. So werden die Genusscheine, die neben den unzweifelhaften Gläubigerrechten noch Stimmrecht gewähren, als Aktiengenusscheine aufzufassen sein, da das Stimmrecht der wichtigste Bestandteil der nach Ausschluss der reinen Gläubigerrechte übrig bleibenden Rechte ist. [3]) Bei den Genusscheinen, die ein völliges Aktienrecht gewährleisten, wenn die Gesellschaft durch Amortisation untergegangen ist, kann das Stimmrecht nicht versagt werden; sie sind dem Begriff nach Aktie.

Aus dem Gläubigerrechte des Genusscheines ergibt sich: Hatte eine Gesellschaft Genusscheine ausgegeben, deren Inhaber Anspruch auf gewisse Prozentsätze beim Reingewinn haben, so kann die Gesellschaft nur denjenigen Teil des Reingewinnes, welcher nach voller Befriedigung der Genusscheininhaber übrig bleibt, zur Amortisation verwenden. Wenn dagegen den Inhabern der Genusscheine für den Fall der Auflösung gewisse Prozente von dem Gesellschaftsvermögen zugesichert sind, so ist die Gesellschaft auch nicht berechtigt, von

1) S. Holdheim, S. 96; Klemperer, S. 40.

2) S. Gareis, § 179, Anm. 7; Lehmann II, S. 141; Pappenheim, S. 42; Ortmann, S. 75.

3) S. Lehmann, S. 380; Ortmann, S. 85; Cestefeld, S. 56.

demjenigen Teile des Reingewinnes, der statutengemäss zu Abschreibungen bezw. zu Ueberweisungen an den Reservefonds, mithin zur Erhaltung des Kapitals, dienen soll, etwas in anderer Weise, insbesondere zur Herabsetzung des Aktienkapitals zu verwenden, und dadurch den verwandten Betrag denjenigen Werten zu entziehen, aus denen sich das Objekt der Verteilung bei dereinstiger Auflösung der Gesellschaft zusammensetzt. [1])

1) Vergl. Zeitschrift für D. ges. HR. Bd. 35, S. 244.